

أثر القصد المدني في تضمين اليد

دراسة تحليلية مقارنة



شهنگ محمد جميل كريم

ماجستير في القانون الخاص
كلية القانون والسياسة
جامعة السليمانية

دار شتات للنشر والبرمجيات

مصر



دار الكتب القانونية

مصر

أثر القصد المدني في تضمين اليد

دراسة تحليلية مقارنة

شهنگ محمد جميل كريم

المجستير في القانون الخاص
كلية القانون والسياسة
جامعة السلیمانیة

دارشقات للنشر والبرمجيات
مصر

دار الكتب القانونية
مصر

سنة النشر

2011

رقم الإيداع

24879

I.S.B.N الدولي

978 - 977 - 386 - 390 - 7



دار الكتب القانونية

الفرع الرئيسي :

مصر - المحلة الكبرى - السبع بناات 24 شارع عدلى يكن

ت : 0020402224682 فاكس : 0020402220395

محمول : 0020123161984 0020105020737

الفروع :

القاهرة - 38 شارع عبد القالى ثروت - الدور الثالث

ت : 0020223958860 فاكس : 0020223911044

محمول : 0020183474690 0020122212067

المطابع :

مصر - المحلة الكبرى - السبع بناات 24 شارع عدلى يكن

ت : 0020402227367 فاكس : 0020402220395

Website : www.darshatat.com

E-Mail : info@darshatat.com

جَمِيعُ الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الأدبية والفكرية محفوظة ويعتذر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنفيذ الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على شرائط أو أجهزة إسطوانات كمبيوترية أو برمجته على إسطوانات صوتية إلا بموافقة المؤلف والنشر خطياً.

EXCLUSIVE RIGHTS BY THE AUTHOR

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the author and the publisher.

DROITS EXCLUSIFS A L'AUTEUR

Aucune partie de cette publication mai être traduit, reproduit, distribué dans tout ou par des moyens de fourmis, ou stockées dans une base de données ou de récupération de système sans l'autorisation écrite préalable de l'auteur ou l'éditeur .

اسم الكتاب

أثر القصد المدنى

في تضمين اليد

دراسة تحليلية مقارنة

شاذك محمد جميل كريم

المجستير في القانون الخاص

كلية القانون والسياسة

جامعة السليمانية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ
وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾

صدق الله العظيم

سورة: الاحزاب / الآية (5)

((على اليد ما أخذت حتى تؤويه))

حديث نبوي شريف

الإهداء

- إلى من رسمت له أعمل صورة في ذهني، أسكنه (الباري) فسيح جناته

ا والدي رحمه الله ا

- إلى من أحتوتني برفئها وأغمرتني بحنانها

ا والدتي ا

- إلى مصدر الفخري واعتزازي وحسرتي وأصلي مع الحياة

ا نضوان وهاخوان ا

- إلى من شاركتني لحظات فرحي وأحزاني

ا شوخه ا

- إلى (ابتسامة الغر

ا فرحين ا

شهننگ

شكر وتقدير

شكرا للباري عز وجل ، فلولاه لم أكن لأنجز ما عزمته عليه ، وأنقدم في البداية بجزيل الشكر للأستاذ المساعد الدكتور (محمد سليمان الأحمد) الذي تفضل مشكورا بالموافقة على الإشراف على رسالتي واختيار الموضوع ووضع خطة البحث لي ، وكان لتوجيهاته في هذا الموضوع أثر كبير في انجاز هذا العمل ، كما وانه أمدني بالمصادر العلمية اللازمة كلما احتجت إليها .

وأتوجه بوافر الشكر إلى عمادة كلية القانون والسياسة بجامعة السليمانية لاسيما السيد العميد الدكتور (زبير مصطفى حسين) لما أحاطنا به من متابعة مستمرة وما قدمه من نصح وإرشاد نحو الطريق الصحيح . وكما أشكر أساتذتي أعضاء الهيئة التدريسية وأخص منهم بالذكر (د. هادي ود. نواف ود. مظفر ود. غالب ود. فكرت) .

كما وأسجل فائق أمتناني وجل احتراممي لأستاذي الفاضل الدكتور (فاروق عبدالله كريم) عميد كلية القانون بجامعة السليمانية - سابقا- ومساعد رئيس الجامعة للشؤون الإدارية حاليا والذي لم يتوان عن تقديم يد العون وتزويدي بالمصادر العلمية اللازمة من مكتبته مما ساعد في اغناء هذه الرسالة فله خالص التقدير.

كما وأسجل خالص تقديري لأستاذي الدكتور (واحد عمر محيي الدين) عميد كلية القانون بجامعة السليمانية - سابقا- وعميد كلية العلوم السياسية والاجتماعية بجامعة السليمانية حاليا لتشجيعه المستمر لي وحضوره الدائم بمواقفه الطيبة ، ورعايته العلمية التي أحاطنا بها طوال الوقت فله مني فائق الشكر.

و اتقدم بالشكر عرفانا بالجميل لأستاذي الفاضل (د. حسين عبد علي) الذي تعلمت منه العلم والتواضع والعطاء.

وعرفانا بالجميل أعرب عن خالص شكري للصديقين الوفيين المدرسين المساعدين (بهمن پيرويز عزيز واسماعيل نامق حسين) ، وتقف الحروف عاجزة عن التعبير تجاه الوقفة المتميزة التي وقفوها معي ، فمهما سجلت من كلمات كتعبير عن شكري وامتناني فإن أوفيهم حقهم ، مقابل ما قدماه لي من يد العون ، فقد كانا خير منذ وأفضل صديق ، شكرا لنقاء وصدق مواقفهم النبيلة.

كما وأتوجه بشكر خاص نابع من الصميم لصدقتي المخلصة (**اويستا برهان محمود**) التي تستحق كل الثناء لمواقفها المتميزة ومبادراتها الصادقة وعدم تخليها عني طيلة هذه الفترة ، والتي تلقيت منها أفضل تشجيع لإكمال مسيرتي العلمية وتكبدت مشقة طبع الجزء الأكبر من هذه الرسالة فلها مني بالغ امتناني .
ولا أنسى فضل صديقتي (**سهرگول مصطفى حسين**) التي بسطت لي يد العون كلما احتجت إليها ، فجزاها الله عني خير جزاء .

كما لا ينووني أن أتوجه بالامتنان والتقدير للأخ والصدق المخلص (**محمد رشيد حسن**) الذي كان حاضرا بمواقفه النبيلة، كما وأمدني بمصادر علمية قيمة، فله مني جزيل الشكر .
كما ولا أنسى أن أتني على جهود الأخ والصديق (**ديلمان لطيف رشيد**) ، فأقدر الجهد الكبير الذي بذله ، فعلى الرغم من كثرة انشغاله ، تحمل مشقة طباعة جزء من هذه الرسالة .

وأتوجه بشكر خاص لأصدقائي وصديقاتي في الكلية ، أصحاب النوايا الحسنة وصدق الكلمة ، والذين تمنوا لي الخير دائما ، وكانوا بمثابة دفعة قوية (**الأخ سامان ، الأخ بيستون الأخ نجم الدين ، بههره ، شوخان ، فيان ، پازاو ، شنو ، سوزان**) .
شكر خاص للغاية (**چنار**) التي شاركتني عناء هذا الجهد وساعدتني في اجتياز هذه المرحلة .

وأقدم شكري واحترامي لكل من أمدني بمصادر علمية، وأخص منهم بالذكر :
الأستاذ (**دانا حمة باقبي**) لما قدمه لي من مصدر علمي قيم ، فله مني جزيل الشكر .
كما وأنعم بشكر نابع من الأعماق للكادر الإداري العامل في كلية القانون والسياسة بجنعة النسيمية ، خصوصا مكتبة الكلية التي طالما استقبلتنا برحابة صدر وأخص منهم بذكر صديقتي (**نازنین ، شيلان محمد ، شيلان عبدالله ، تارا ، ناواز ، سوسن ، والأخ الكريم طيب**) .

وفي الختام أشكر كل من جبر خاطري في يوم من الأيام ولوكلمة طيبة .

شهنگ

مقدمة

أولاً: مدخل لموضوع البحث :-

قليلة هي الدراسات التي تعالج مسألة القصد والنية ، فقد عولجت من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية للقضايا من خلال الاتيان بقاعدة اصولية مفادها (الامور بمقاصدها) المستندة على حديث النبي (ص) ((لتما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى))⁽¹⁾ وظهروا دورها في العبادات والمعاملات ، اما فقهاء القانون فنجدهم يعالجون النية والقصد من خلال الاوصاف التي يمكن أن يلحق بها من حسن أو سوء أو التطرق للنش في مجال معين دون أن يتداه لغيره من المجالات وكان تناولهم للنية كحالة قائمة بذاتها لها تطبيقات عديدة في ثانيا للقانون المدني لا بل يكاد يتغلغل في معظم مجالاتها ، مما أصبح من الضرورة بمكان معالجة الموضوع والتعامل معه عن طريق التعامل مع القصد والنية كحالة قائمة بذاتها دون الحاقها بصفاتها ، فقد خيل الى الكثير من الباحثين أن القصد أو النية لا يمكن أن تكون حالة مستقلة ولا يمكن انفكاكها عن الحسن أو سوء ، الا أن هذا التصور قد لا يستقيم ، إذ أن نية التملك قد تكون حسنة في بعض الاحيان وسيئة في أحيان أخرى، نحن لا ننكر أن النية أو القصد قد يلحقه الحسن أو سوء وتلك حسب توجيه الشخص لارادته نحو الخير أو الشر ، الا أن موضوع القصد المدني ينبغي النظر اليه كحالة قائمة بذاتها وتجريدها من كل الاوصاف ، وأصبح من الضرورة بمكان اهتمام المشرع بموضوع القصد المدني وقيامه بوضع نظرية عامة له ، فتدخل المشرع ومواجهة للموضوع أصبح على درجة كبيرة من الاهمية خصوصا وان القصد المدني له عدة وظائف ودوار ، فهو يؤدي دورا أساسيا لاغنى عنه في

(1) لاحظ : أبي عبد الرحمن احمد بن شعيب بن علي الشير بالنسائي ، سنن النسائي ، حكم على أحاديثه وأثره وعلق عليه العلامة لمحدث محمد ناصر الدين الألباني ، اعتمد به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، الطبعة الأولى ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، باب الكلام اذا قصد به فيما يحتمل معناه، الحديث رقم 3437، ص 532 .

جعل الشخص مالكا كما في الاستيلاء على الاموال بنية تملكها ، أو في اكتساب الحقوق كما في الحيازة أو تكوين للتزام كما في العقد ، أو تضمين اليد الحائزة لمال الغير بنية تملكه ، وتطبيقات ودوار عديدة أخرى ، نظرا لان الحكم أو الاثر الذي يخلفه من ورائه يختلف من تطبيق الى آخر ، ففي الاستيلاء يؤدي دورا مختلفا عن الدور الذي يؤديه في الحيازة أو في بدالضمان ونظم أخرى كثيرة من أنظمة القانون المدني .

ثانيا: أهمية البحث واسباب اختيار الموضوع :-

تتناول هذه الدراسة جانبيا مهما من جوانب القانون المدني ويمكن القول بشكل عام انها تتألف من شقين لأنها تتناول القصد المدني والاثـر الذي يخلفه على يد الضمان ، وتبرز أهمية القصد المدني في العديد من المجالات في القانون المدني ، فحكمه لا يقتصر على حالة واحدة ، بل قد يتعداه ليشمل العديد منها ، وهذا ما أدى الى تنوع في دلوله ووظائفه ، وأشد ما دفعنا الى بحث موضوع القصد المدني وابرار أثره في تضمين اليد يكمن في نقطتين أساسيتين:

1- وجود العديد من التطبيقات التشريعية التي تؤكد أن المشرع قد اهتم بالقصد فيها وما زال متاثرا في ثنايا القانون المدني دون أن يلقي محاولة جادة من قبل الفقه أو المشرع للم نشتتها .

2- ان القانون المدني العراقي يكاد يكون المدونة العربية الوحيدة التي تناولت أحكام تبعة الملك من خلال يد الامانة ويد الضمان والذي استمد من الفقه الاسلامي ، واعتمدته نية التملك كمعيار لتعريف يد الضمان ، وهو معيار ذاتي يصعب استخلاصه ، كما وانها تشكل قصدا مدنيا سينا ، والعبرة فيها بارتكاب الفعل متعمدا ، حتى نستطيع الوقوف على الأثر أو الحكم الذي ينجم عن ذلك نظرا لما ينطوي عليه من قصد الاضرار بالآخرين واعتداء على حق الغير وانعدام رضا المالك الحقيقي.

ثالثاً: مشكلة البحث :-

لاشك أن القانون المدني العراقي ، قد اقتبس أحكام تضمين اليد من الفقه الاسلامي ، الذي أعطى للقصد دوراً مهماً في تحول اليد من أمانة الى ضمان ، أو على الأقل في جعل اليد ضامنة أصلاً أو عرضاً ، إلا أن هذا الدور نراه يختفي في بعض الأحيان ، فعلى الرغم من عدم وجود القصد نجد أن المشرع قد ضمن اليد ، كما في حالة حبس الشيء الواردة في القانون المدني العراقي ⁽¹⁾ ، لذا فإن دور القصد المدني وأثره في تضمين اليد هو محدد الأبعاد ، إذ أن عد اليد يد ضمان لا يعني أن صاحبها قد توافر لديه قصد مدني متمثل في قصد التملك ، وهنا تكمن مشكلة البحث ، في شقها الأول ، كما أن للقصد للمدني للمتمثل في قصد التملك ، آثار كثيرة متنوعة ، إذ أن له أثر في العقد وأثر في الالتزام ، وآخر في الملكية وغير ذلك ، إلا أن أثره في تضمين اليد له أهمية كبيرة ، إذ بالقصد يتحدد وصف اليد ، هذا أولاً ، وبالقصد تتحدد المسؤولية على صاحب اليد ، وهذا ثانياً ، وبالقصد يتحدد من هو الدائن ومن هو المدين عندما يتعلق للدين بعين مملوكة للأول يحوزها الثاني ، وهذا ثالثاً ، كما أن بالقصد نعرف من هو الحائز ومن هو المالك ، وهذا رابعاً ، وبالقصد نعرف من هو الحائز حيازة حقيقية ومن هو الحائز حيازة عرضية ، وهذا خامساً ، كما أن للقصد يد معياراً في تحول صفة اليد إذ أنه لا يلعب دوراً ابتدائياً في معرفة الصفة الأصلية لليد فحسب ، بل أنه معيار تحولها في أغلب الأحيان الى صفة أخرى ، ولكل هذا فإن للبحث مشكلة متحققة ، ولا سيما في شقها الثاني ، وسنحاول أن نجد الحلول المناسبة ، التي تتضمن أجوبة كافية وشفافية لتلك الفرضيات .

(1) نصت المادة (428) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 على أنه : ((إذا انتقلت ملكية الشيء بعد كسب يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد أمانة إذا امتنع ولجب التسليم بقيام سبب للحبس)).

رابعاً: منهج البحث :-

نظراً لأننا جئنا لبراز وظيفة القصد المدني ، ولأسيما في مجال تضمين اليد ، من إحدى الاهداف الاساسية التي نحاول للتوصل اليها من خلال هذه الدراسة ، لتبنا في ذلك منهج تحليلي مقارنة ، يعتمد على رد الفروع الى اصولها وتحليل آراء الفقهاء من خلال عرض الاتجاهات الفقهية المختلفة ، فهذه للدراسة مزيج بين القانون المدني والفقه الاسلامي ، فأغناء هذه الرسالة تعتمد بشكل أساسي على عرض آراء فقهاء المذاهب الاسلامية المختلفة خصوصا أن موضوع تضمين اليد من المواضيع التي تجد اصولها في الفقه الاسلامي ، فهو من صناعة هذا الفقه العظيم التي انتقلت الى القانون المدني ، كما وأن المشرع المدني للعراقي قد اعتمد في تعريف يد الضمان على نية التملك والتي تمثل إحدى تطبيقات للقصد المدني. كما واننا نشير الى بعض نصوص القانون المدني الاردني والمصري كلما استلزم الامر ذلك نظراً لأن اجراء المقارنات بين أنظمة مختلفة يساهم في إبراز مواطن النقص والزيادة والقوتون في التشريعات.

خامساً: خطة البحث :-

بما أن القصد المدني مصطلح جديد ابتكره بعض الفقهاء⁽¹⁾، واطلقه على كل قصد يرتب أثراً مندياً بصفة عامة فإننا نجد أن من الضروري معرفة معناه ابتداءً وذلك في الفصل الأول من هذه الدراسة ، ثم نخرج الى بيان دور كل من التعدي والتعمد في تضمين اليد ، وذلك في الفصل الثاني ، ثم نوضح تأصيل تضمين اليد القائمة على التعدي والتعمد وذلك في الفصل الثالث ، وأخيراً سوف نبين أحكام تضمين اليد وتطبيقاته في الفصل الرابع ، وسنختتم بحثنا هذا بخاتمة نوضح فيها أهم الاستنتاجات والتوصيات ، وإلى الله تصير الأمور.

(1) أستاذنا المشرف د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية،

بيروت ، 2009.

الفصل الأول

التعريف بالقصد المدني

العلاقات القانونية التي يعنى بتنظيمها القانون الخاص، عادة، ما تنطلق من منطلق قصدي وراء غاية معينة، فالعقود وسائر التصرفات لا تبرم إلا بناءً على محرك داخلي نفسي يكمن في (القصد)، كما أن الكثير من الوقائع الإرادية، يدخل فيها (القصد) عنصراً فاعلاً في تكوينها وفي ترتيب آثارها للقانونية، كما أن هذا القصد قد يمنع ترتيب الأثر القانوني الذي كان يجب أن يترتب لولا تدخل هذا القصد في توقيفه أو تعطيله، كما في تعدد إحداث الضرر بالنفس أو بالمال من قبل المتضرر نفسه، لأجل الحصول على مبالغ التأمين.

ولعل من المناسب هنا أن نذكر أن ثمة نظرية عامة محددة كوّنت في القانون الجنائي، للقصد في ارتكاب الجرائم، بل على أساس هذا القصد تم تصنيف الجرائم إلى عمدية وغير عمدية، ولكون القصد في النهاية هو قصد، سواء أكان جنائياً أم مدنياً، فإنه من المفيد الاستعانة إلى حد ما بما هو مقرر للقصد الجنائي من مفهوم وعناصر ووظائف وآثار، بما ينسجم ويتناسب مع تكوين صورة فكرية عن حقيقة ما بات يعرف بالقصد المدني.

ولما كانت للقصد المدني وظائف خاصة، بات علينا إلزاماً، أن نعرج بشكل سليم على تحديد وظائف القصد المدني، إبتداءً بدوره في الملكية ثم في المسؤولية، وإنتهاءً بدوره الفعال في تضمين اليد.

عليه سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نعالج في الأول ماهية القصد المدني، ثم نعالج في المبحث الثاني، وظائف القصد المدني.

المبحث الأول

ماهية القصد المدني

من الصعوبة بمكان أن نحدد ماهية مصطلح قل إستعماله في الأوساط المختصة، وعلى الرغم من أهمية هذا المصطلح، التي قد تتجاوز بكثير الأهمية التي يؤيدها للقصد الجنائي، لم نجد له استعمالاً شائعاً في الفقه ، إلا أنه ولأجل وضع تعريف وخصائص وتعيين عناصر هذا القصد، لا بد من التعرف أولاً على معنى القصد، ثم تحديد ماهية خاصة بهذا القصد، وهذا ما يدعونا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نعالج في الأول، تحديد مفهوم القصد بشكل عام، أما المطلب الثاني فنخصصه لتحديد مفهوم القصد المدني.

المطلب الأول

تحديد مفهوم القصد بشكل عام

قد يرتبط الأشخاص فيما بينهم في إطار علاقة قانونية ، وقد يكون القصد عنصراً جوهرياً لا غنى عنه في خلق هذه العلاقة ، أو بالأحرى في خلق مركز قانوني معين أو في إبرام عقد أو إنشاء تصرف أو تقرير مسؤولية ويكون تأثيره على مستويات متفاوتة وذلك تبعاً للعلاقة القانونية القائمة .

ولاشك في أن من يقدم على تصرف أو فعل قاصداً بذلك لحدث نتيجة أو أثر قانوني معين ، إنما يصدر منه عن إرادة فلا بد لكل عمل من أعمال الإنسان أن يكون صادراً عن إرادته وأن يتوجه باختياره للقيام به ، والإرادة تتجه بدورها نحو الفعل لغاية مقصودة هي القصد أو النية ، ومن هذا المنطلق فإن القصد مفهوم مرتبط بالإرادة يكاد لا ينفكان بعضهما عن بعض ، يؤثر الواحد في الآخر ويتأثر به ، فمعنى القصد أو النية إذن هو الإرادة المتوجه نحو الفعل⁽¹⁾ ، ووجود هذه

(1) لاحظ : المحامي صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الإسلام ، الطبعة الثالثة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1380هـ ، 1961م ، ص279.

العلاقة والترابط بين المصطلحين انعكس بدوره على آراء الفقهاء والشرح في تعريفهم للقصد.

و القصد في اللغة يؤدي عدة معان: فيعرف بأنه استقامة الطريق ، والإعتماد والام ، قصده وله ، وإليه ، يقصده⁽¹⁾، وهذا هو معناه اللغوي ، أما معناه في الاصطلاح الفقهي فهو: العزم المتوجه نحو إيلام أمر ما ، كان يكون إلزاماً ما⁽²⁾ ، والمقصود بالعزم الإرادة المؤكدة⁽³⁾ ، فقد قال الله تعالى ((ولم نجد له عزماً))⁽⁴⁾ أي لم يكن له قصد مؤكد في الفعل بما أومر به⁽⁵⁾ وذلك بأن يكون قد عقد القلب عليه وتوجهت إرادته المؤكدة نحو إحداث تصور تترتب عليه آثار قانونية ، فعلى هذا فمن لم يكن له عزم كالمجنون ونحوه ، لم يتحقق به قصد⁽⁶⁾ ، فالقصد هو تأكيد إرادة الشيء والعزم على تحقيقه ، كما في قوله تعالى: ((إن ذلك من عزم الأمور))⁽⁷⁾، والنية هي المصطلح الذي كثر استعماله لدى الفقهاء للدلالة على القصد، وهي عبارة عن ((إتبعات القلب نحو ما يراه موافقا لغرض من جلب نفع أو دفع

(1) لاحظ : العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي ، طبعة منقحة مفعومة ، ط 7 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م ، ص 310.

(2) لاحظ: د. علي محي الدين علي القره داغي ، مبدأ الرضا في العقود ، ط 2 ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، 2002 ، ص 259.

(3) لاحظ: د. علي القره داغي ، مرجع سبق ذكره ، ص 259 ، السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني كتاب التعريفات ، ط 1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م ، ص 123.

(4) طه: 115.

(5) السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ، مرجع سابق ، ص 123.

(6) لاحظ: المرجع السابق ، الصفحة نفسها.

(7) سورة لقمان . الآية (17).

ضرر حالاً أو مآلاً والشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لا ابتغاء رضا الله تعالى ، والامتثال لحكمه))⁽¹⁾ .

فالقصد هو النية ، فالذي يتعقد قصده على شيء ، فإنما يتعقد نيته على ذلك ، والنية إعتزام إتقان عمل ، وقد عد أحد الفقهاء النية من أقسام الإرادة⁽²⁾.

و كما وأن الإرادة الباطنة قد لا تتفق مع الإرادة الظاهرة ، وعند حدوث هذا الاختلاف وجب الحكم بمقتضى النية وتفضيلها على الإرادة الظاهرة⁽³⁾، كما أن العبرة في العقود ((للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني))⁽⁴⁾، ((فالاعتبار في العقود والأعمال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها ، وقاعدة الشريعة التي لا يجوز منهما أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، وصحيحاً وفاقداً فالنية هي رأس الأمر وعموده وأساسه وأصله الذي عليه يبني ، فانها روح العمل وقائده ، والعمل تابع لها ويبينى عليها ، يصح بصحتها ويفسد بفسادها))⁽⁵⁾.

(1) الإمام جلال الدين عبدالرحمن ابن أبي بكر السيوطي ، الاتباه و النظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1427هـ ، 2007م، ص71.

(2) لاحظ : الإمام العلامة شهاب الدين احمد القرطبي المالكي ، الامنية في ادراك النية ، مخطوطة أصلية، ص4 ، متاح على الموقع الالكتروني التالي :

[http:// www. Almustafa.com](http://www.Almustafa.com)

(3) لاحظ: المحامي صبحي المحمصاني ، مرجع سابق ، ص281.

(4) لاحظ: للفقرة (1) من المادة (155) مني عراقي ، و نقلها: للفقرة (1) من المادة (214) مني أردني .

(5) شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، رثبه و ضبطه و خرج آياته محمد عبدالسلام ابراهيم ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425هـ ، 2004م ، ص536 و ص828.

والقصد مكون نفسي وقام الفقهاء بمراد مراتبها⁽¹⁾ فالذي يقع في النفس من قصد على خمس مراتب : أولها هاجس وهو ما يلقي فيها ثم الخاطر ثم حديث النفس ، وهو ما يقع فيها من التردد بين الفعل أو تركه ، أي اتجاه الفكر للعمل وانصرافه عنه ويعقبه الهم وهو ترجيح قصد الفعل على تركه ، وأخيرا العزم وهو الجزم به والثبات عليه⁽²⁾.

وهذه المراحل لاتأخذ حكما واحدا ، بل أن كل مرحلة ترتب حكما يختلف عن الحكم الذي يرتبه المرتبة الأخرى⁽³⁾ فالمرتبة الأولى والثانية المتمثلين في الهاجس والخاطر لا يؤخذ المرء بهما فهما لا يخلان تحت اختيار ، وكذلك لا يؤخذ المرء بحديث النفس ، عملا بقول النبي (ص) ((ان الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها مالم يتكلموا أو يعملوا به))⁽⁴⁾ ، أما الهم فلا يؤخذ المرء عليه أيضا فقد بين حديث

(1) لاحظ: الشيخ الأكبر محيي الدين بن عربي الطائي الأنطلي ، تنزل الملائكة من عالم الأرواح إلى عالم الإقلاق أو لطائف الأسرار ، حققه وقدم له لحمد زكي عطية وطه عبدالبقي سرور ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، 1380 هـ ، 1961 م ، ص 64-66. كما قام الإمام السبكي بتقسيم هذه المراتب لاحظ بشأنها الإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي ، مرجع سابق ، ص 78.

(2) لاحظ: الإمام جلال الدين السيوطي ، المرجع السابق ، ص 78. و المحلى صبحي المحمصاني ، مرجع سابق ، ص 280.

(3) لاحظ: الدكتور مظهر بن محمد بن ظافر القرني ، للفرق بين الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة ، منشور في مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالملكة العربية السعودية ، العدد الثالث ، رجب ، 1420 هـ ص 28 ، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.moj.gov.saladvcat.aspx?val=1> . last visited (3/11/2007)

(4) لاحظ: الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي ، شرح صحيح مسلم ، طبعة جديدة ، محققة و مفهرمة ، و مرقمة الأحاديث و الأبواب طبقا للمعجم المفهرس لآفاظ الحديث ، مصدرا ب (المنهج السوي في ترجمة امام النووي) للإمام جلال الدين السيوطي ، تحقيق طه عبد الرؤوف ، الجزء الثاني ، بدون سنة طبع ، للمكتبة التوفيقية ، باب اذا هم للعبد بصنة كتبت وإذا هم بسيئة لم تكتب ، ص 124.

الصحيح ((من هم بحسنة كتبت له حسنة ومن هم بحسنة فعلها كتبت له عشرًا
 إلى سبعمائة ضعف ومن هم بسيئة قلم يعملها لم تكتب وإن عملها كتبت))⁽¹⁾.
 ولما كان القصد هو (توجيه العزم) ، أو نوع من الإرادة التي تبلغ في قوتها
 درجة الاعتزام والإرادة لا تكون عزمًا مالم تكن جازمة لذا فهو مرحلة تأتي مباشرة
 ويدون أي إنقطاع في الملازمة الزمانية ، بعد العزم ، فهو توجيه له نحو الخارج ،
 أي ترجمة ما توصلت إليه النفس بكيفياتها إلى الواقع الخارجي ، كما ولا يعتد بنية
 غير جازمة ، فالقصد لا يحتمل التردد ، فهو توجيه العزم ، فالتردد حالة مرحلية
 إما أن يتراجع بها الإنسان عما يريد ، أو يتعقد عزمه ويتوجه إلى ما يريد ، وهو
 بهذا التوجه أصبح عازما وقاصدا ، فالتردد والشك لا تتعقد معه نية صحيحة⁽²⁾.

والقصد - عموماً - قد يكون حسنا وقد يكون سيئا ، ولا يمكن أن يكون من
 خلال هذا الوجه مترجحا بين الاثنين ، فالإنسان أما أن يكون حسن القصد (حسن
 النية) أو سيء القصد (سيء النية) ، والقصد الحسن هو توجيه العزم نحو أمر مقرر ،
 أما القصد السيء فهو توجيه العزم نحو أمر منكر⁽³⁾.

ومن الجدير بالذكر أن صورة القصد أحيانا تكون من النوع الحسن ، وأحيانا
 تكون من النوع السيء مع أن الصورة ذاتها للقصد ، فمثلا قصد التملك ليس قصدا
 مدنيا سيئا في كل الأحوال ، لا بل قد يتطلبه القانون كركن أساسي في بعض أسباب
 التملك كالإستيلاء أي في إحراز المباحات وذلك لكي يرتب القانون حقا للمُحرز

(1) لاحظ: الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي ، شرح صحيح مسلم ، مرجع سابق ،
 ص 121-122.

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، مرجع سابق ، ص 32.

(3) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، المرجع السابق ، ص 37
 وما بعدها.

مالك للمنقول قصد التملك هنا قصد حسن وقد أدى إلى ترتيب الحقوق وهو نفسه
قد يكون قصدا سيئا في حالة بد الضمان⁽¹⁾.

(1) للتفاصيل أكثر لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المعني، المرجع السابق، ص 37 وما بعدها.

المطلب الثاني

تحديد مفهوم القصد المدني

عندما يجري الحديث عن القصد المدني ، ينبغي أن نفعل ذلك من خلال نعته بالصفة المدنية ، فبه يتحدد مفهوم القصد المدني ، نظرا لأنها تعكس بصورة صحيحة حقيقة القصد المدني ، وذلك من خلال نشوء الروابط القصدية المدنية والتي يهتم القانون المدني بتنظيمها، وقد استخدم المشرع المدني مجموعة من المصطلحات التي تدل على معنى القصد المدني ، فهناك استخدامات كثر استعمالها لدى المشرع ، كالتنية والارادة والادراك ، الأمر الذي يدفعنا الى تحليل هذه المفاهيم وبيان المقصود بها ، وذلك لازالة أي غموض أو للتبلس قد ينشأ ما بين هذه المصطلحات ومصطلح القصد ، وذلك من خلال الفقرات الآتية :

أولاً: القصد والتنية

سبق وأن قمنا بتوضيح مصطلح التنية ، ووجدنا أنها هي الأكثر استخداماً من قبل الفقهاء للدلالة على القصد ، أما عند انتقالنا الى المشرع المدني العراقي ، نجد أنه استخدم المصطلحين كمترادفين في نصوص القانون المدني ، فتارة يذكر مصطلح (قصد) وأحياناً أخرى يذكر مصطلح (تنية) ، ومن بين استخدامات القصد في القانون المدني العراقي ما يأتي :

1- التعسف في استعمال الحق ، إذ من بين صور التعسف هو قصد صاحب الحق الاضرار بالغير عند استعماله الحق⁽¹⁾.

(1) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (7) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (5) من القانون المدني المصري ، وقد استخدم المشرع الأردني مصطلح (قصد التحدي) في الفقرة (2) من المادة (66) مدني منه، ولاحظ لمزيد من التفصيل حولها : المستشار حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق و إلغائه العقود ، الطبعة الثانية ، منقحة من قبل المستشار عبد العليم عامر ، مطابع الهيئة المصرية العلمية للكتاب، 1998، ص 99-103.

2- قصد الغش المصادر من المدنيين للاضرار بدائتيه ، أو تفضيل بعضهم على بعض دون حق (1).

3- اعتماد المشرع قصد التملك كمعيار لتعريف يد الضمان ، فإذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه ، تكون يده على ملك الغير يد ضمان (2).

4- تغيير صفة اليد على الشيء المملوك أو ما يعرف بتحول يد الأمانة إلى يد ضمان ، إذ تنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه (3).

5- رؤية المبيع بقصد الشراء : فإذا رأى شخص شيئاً بقصد شرائه ، ثم اشتراه بعد مدة من الزمن وهو على يقين أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه (4).

(1) لاحظ : الفقرة (1) من المادة (268) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة (1) من المادة (242) من القانون المدني المصري ، ولا مقابل لها في القانون المدني الأردني ، ولاحظ بشأن تفاصيلها : د. ابراهيم سيد احمد ، لوقاية التشريعية و القضائية من الغش في المعاملات المدنية ، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 142 و 213 و 221.

(2) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (427) من القانون المدني العراقي ، ولما قبل لها في القوانين المدنية الأخرى المقارن بها ، إذا أن القانون المدني العراقي يكاد يكون المدونة العربية الوحيدة التي نظمت أحكام اليد على ملك الغير و استمد نصوصه كاملة من الفقه الاسلامي ، وقد اقتبس منه القانون القطري رقم (16) لسنة (1971) ، الخاص بقانون المواد المدنية و التجارية ، المادة (192) منه .

(3) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (427) من القانون المدني العراقي ، ولا مقابل لها في القوانين المدنية المقارنة بها ، سوى أن المادة (192) من قانون المواد المدنية و التجارية القطري قد اقتبس نفس النص من القانون المدني العراقي ، ولاحظ بشأن تحول اليد : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، بحثه تحول اليد في القانون المدني ، منشور في مجلة القانون و السياسة تصدرها جامعة صلاح الدين ، العدد (3) ، السنة (3) ، 2005 ، ص 270. و د. إيلي عبدالله سعيد و د. كرم محمود حسين ، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون ، جامعة الموصل ، العدد (9) ، 2000 ص 134.

(4) لاحظ : المادة (522) من القانون المدني العراقي ، و لا مقابل لهذا النص في القوانين المدنية المقارنة بها.

6- الاستيلاء على المباحات ، فكل من أحرز بقصد التملك منقولا مباحا لا مالك له ملكه⁽¹⁾.

7- تحول المال المنقول المملوك الى مباح : لذ يصبح المنقول مباحا بعد أن كان مملوكا ، اذا تخلى عنه ماله بقصد النزول عن ملكيته⁽²⁾.

8- تصرفات المريض مرض الموت المتعقدة بقصد التبرع : بحيث يمكن استخلاص ذلك اذا قام المريض في مرض موته باجراء تصرف قانوني ناقل الملكية مقصود به التبرع والمحابة ، ويعتبر كله أو بقدر ما فيه من محابة تصرفا مضافا الى ما بعد الموت وتسمي عليه أحكام الوصية وأيا كانت التسمية التي تعطى له⁽³⁾.

ومن خلال عرض هذه الحالات السابقة ، نجد أن المشرع قد أطلق لفظ (القصد) وأراد به (النية) أيضا ، بعبارة أخرى ان لفظ (القصد) في الحالات المذكورة يأتي بمعنى (النية) ، الا أن ثمة نصوص أخرى عديدة استخدم فيها المشرع المدني لفظ أو مصطلح(النية) وأراد بها مصطلح (القصد) ، ومن بين استخدامات النية في نصوص القانون المدني العراقي:

1- حسن النية وسوؤها في التصرفات القانونية ، كما وأن توافر النية مهم جدا لاكتساب الحقوق العينية وحيازتها⁽⁴⁾.

(1) لاحظ : المادة (1098) من القانون المدني العراقي. توافق المادة (870) من القانون المدني المصري، و المادة (1076) من القانون المدني الأردني ، علما ان المشرعين المدني المصري والأردني قد استخدموا (مصطلح النية) بدل القصد وقصدا بها معنى (القصد) .

(2) لاحظ : المادة (1104) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (871) من القانون المدني المصري ، والفقرة الاولى من المادة (1077) من القانون المدني الأردني.

(3) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (1109) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (916) من القانون المدني المصري ، و المادة (1128) من القانون المدني الأردني .

(4) لاحظ : على سبيل المثال المواد (1148)،(948)،(1158)،(1163) من القانون المدني العراقي ، ولاحظ على سبيل المثال أيضا المواد (185،925،965،976،978،1133) من القانون المدني المصري ، وكذلك المواد (202،1145،1182،1189،1191،1195،1427) من القانون المدني الأردني .

2- نية التبرع في قضاء دين الغير الذي يمثل احد تطبيقات نظرية الكسب دون سبب ، فمن قضى دين غيره بلا أمره ، سقط الدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ، ويعتبر الدافع متبرعا لارجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره ، الا اذا تبين من الظروف أن للدافع مصلحة في دفع الدين ، أو لم يكن عنده نية التبرع⁽¹⁾.

3- النية في تحول العقد : ويجري تحول العقد في العقد الباطل عندما تتوافر فيه أركان عقد آخر ، فيعد حينئذ العقد صحيحا بوصفه العقد الذي توافرت أركانه ، اذا تبين أن المتعاقدين كانت (نيتهما) تنصرف الى إبرام هذا العقد⁽²⁾.

4- النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير عبارات العقد : ان الغرض من تفسير العقد بموجب القانون المدني المصري ، يمكن أن تجاوز عبارات العقد ، اذا كانت هذه العبارات غير واضحة ، ويجب الرجوع في ذلك الى البحث عن (النية المشتركة) للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات⁽³⁾.

وبذلك نصل الى نتيجة مفادها أن المشرع قد سلوى بين مصطلح (النية والقصد) واستخدمهما بمعنى واحد⁽⁴⁾.

(1) لاحظ : المادة (239) من القانون المدني العراقي ، لتقبلها لية مادة في القوانين المدنية المقارنة بها
(2) لاحظ : المادة (140) من القانون المدني العراقي ، لتقبلها المادة (144) من القانون المدني المصري ، ولا مقل له من القانون المدني الأردني .

(3) لاحظ : المادة (150) من القانون المدني المصري ، لتقبلها المادة (239) من القانون المدني الأردني ، أما بالنسبة الى القانون المدني العراقي ، فلا يوجد فيه هذا النص ، إذ اكتفى بالإشارة الى المادة (155) من القانون المدني والتي جاءت فيها أن ((العبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)) .

(4) لاحظ تفصيل ذلك : استاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، مرجع سابق ، ص 14 وما بعدها.

ثانيا : القصد والارادة

طرحنا منذ البداية أن القصد والارادة مفهومان مرتبطان ببعضهما ببعض ارتباطا وثيقا ، وهذا ما حدا ببعض الفقهاء ⁽¹⁾ الى القول أن التعبير عن القصد يأتي بلفظ الارادة ، فيأتي المصطلحان بمعنى واحد . كما أننا نجد جانبا آخر من الفقه ⁽²⁾ يقع في الخلط بين القصد والارادة ويقول أن الفرق بينهما يكمن في أن القصد هو ما انطوت عليه النفس في حين أن الارادة هي ما ظهر الى العالم الخارجي ، بعبارة أخرى ، أن القصد هو الارادة الباطنة أما الارادة فهي الارادة الظاهرة ، الا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد .

فلو قلنا بأن القصد هو الارادة ، نكون بذلك قد قررنا للقصد طبيعة موضوعية ، بخلاف الواقع الذي يشهد بأن القصد ذو طبيعة ذاتية بحيث لا حاجة لاطهارها ⁽³⁾ وتحررها من العقل واحتباس المصدر ⁽⁴⁾ لأنها غير متوجهة ، في حين ان الارادة وان كانت بحسب الأصل ظاهرة نفسية ، الا أنها ينبغي أن تظهر الى العالم الخارجي لكي تترتب عليها الآثار القانونية ، ففي العلاقات التعاقدية فإن الارادة هي التي تتجه الى المالك الحقيقي عند توافر الرغبة في شراء شيء معين وليس القصد ، فالأرادة هي التي تتوجه الى شخص معين ، بخلاف الأمر في القصد الذي هو قرار مع النفس غير متوجه الى شخص آخر ⁽⁵⁾ بعبارة أخرى ان الارادة تتصف

(1) لاحظ : حمدي محمد اسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المنية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2006 ، ص 15 و 20 و 30 .

(2) لاحظ : د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، ، مصادر الالتزام ، ج 1 ، الطبعة الخامسة ، مطبعة نديم بغداد ، ص 163 الهامش رقم (6) .

(3) لاحظ بشأن هذه الانتقادات : د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية لطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون في جامعة صلاح الدين ، أربيل ، غير منشورة ، 1427هـ ، 2006م ، ص 95 و 98 .

(4) لاحظ : د. محمد محمد مصباح القاضي ، حسن النية في قانون العقوبات دراسة تحليلية لفكرة حسن نية في القانون المصري وللقانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص 5 .

(5) لاحظ : د. شيرزاد عزيز سليمان ، مرجع سابق ، ص 97 .

بالمصيغة التنفيذية ، ويعد قصد الطاقة والقوة المحركة والموجهة لنشاطها الفعلي، فالمعلاقة بين القصد والارادة علاقة امتزاج معنوي وموضوعي وتقابل في الهدف⁽¹⁾. ومن ناحية أخرى يجب أن تتطابق الارادة الباطنة مع الارادة الظاهرة ولا تتصور حينئذ أية مشكلة⁽²⁾ الا انه وفي بعض الأحيان قد يحصل خلاف بين هاتين الارادتين فيذهب بعض الفقهاء الى تغليب الارادة الباطنة على الارادة الظاهرة في هذه الحالة⁽³⁾ الا ان هذا لا يسوغ او لا يبرر الخلط بينه وبين القصد⁽⁴⁾ اذ ان عدم التطابق بين الارادة الظاهرة والارادة الباطنة يقع نتيجة عدم النجاح في التعبير عن الارادة الحقيقية التي تولدت عن القصد ، عندها يجب على القاضي الاعتدال بها بدلا من الاعتداد بالارادة التي ظهرت الى الحيز الخارجي بخلاف حقيقته ، من هنا جاء التفريق بين الارادة الباطنة والارادة الظاهرة ، والا فأن الارادة لا تتعدد فهي واحدة في حقيقتها ، فالنية الواحدة تتولد منها ارادة واحدة بصدد شيء أو أمر معين، الا اذا كان الشخص مترددا لا يستطيع للتوصل لقرار وهذا ينفي قيام النية ، فلا قصد ولا ارادة مع التردد⁽⁵⁾ وبذلك فان الارادة هي التي تسيطر على إيجاد الاعمال القانونية وتقوم بتوجيهها الى الغاية المقصودة⁽⁶⁾.

ونخلص بذلك الى القول ان الارادة مرحلة لاحقة على مرحلة القصد ، لا يعتد بها مالم تظهر الى الحيز الخارجي ، فالارادة عنصر في القصد ويتوفره مع العنصر

(1) لاحظ : د. محمد محمد مصباح للقاضي ، مرجع سابق ، ص 45-46.

(2) لاحظ : د. محمد وحيد الدين سولر ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي ، طبعة ثانية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998 ، ص 284-285.

(3) لاحظ : د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح لقانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الاتراءات) ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و للتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1429 هـ ، 2008م ، ص 57-58.

(4) لاحظ : د. شيرزاد عزيز سليمان ، مرجع سابق ، ص 97.

(5) لاحظ : د. شيرزاد عزيز سليمان ، مرجع سابق ، ص 97.

(6) لاحظ : القاضي محمد نصر الدين زغلول ، الارادة في العمل القانوني وعيوبها ، القاهرة ، بدون سننشر ، ص 53.

الأخر للتقصد والذي هو العلم يتكون التقصد ، فلا تقصد بلا ارادة ولا ارادة بلا تقصد، كما وان كلا منهما يستلزمان توافر التمييز والادراك ، فلا ارادة لغير المميز وبالتالي لا تقصد له .

ثالثا : التقصد والادراك

ان الادراك مفهوم مرتبط بالنضوج الفكري الذي يبقى نسبيا تبعا لنمو كل شخص، مما يستوجب تبعا لذلك ربطه بسن معينة تعد قرينة على بلوغه درجة معينة من المقدرة على التمييز ، ويعرف الأخير بأنه مقدرة الانسان على ادراك معنى التصرف الذي يقدم عليه والآثار المترتبة عليه وقدرته على التفريق بين العمل النافع والعمل الضار (1).

فهو قوة في الانسان يستطيع من خلالها ادراك الأشياء على حقيقتها (2) ولكي يكون الانسان قاصدا لابد أن يكون مدركا لماهية الفعل الذي يقدم عليه ، ومن الطبيعي أن من لا يدرك لا يعلم معنى الخطأ الواقع ، فلا يمكن تصور صدور الفعل عن قصد وتعمد الحاق الأذى بالآخرين من مجنون أو صغير غير مميز ومن في حكمهما لأن من لا يدرك لا يمكن أن يتعمد أو يقصد الحاق الأذى (3).

(1) لاحظ : مصطفى النعوجي ، القاعدة القانونية في القانون المدني ، الطبعة الأولى ، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 1992 ، ص 202-205.

(2) لاحظ : د. علي محي الدين علي القره داغي ، مرجع سابق ، ص 361.

(3) لاحظ : د. مندر الفضل ، اصول القانون الفرنسي و البريطاني دراسة مقارنة مع القانون الاسلامي ، الطبعة الثانية ، دار نارس للطباعة و النشر ، أبريل ، 2004 ، ص 47-48.

ومن كل ذلك نستنتج أن الإدراك يتجه بتأثيره نحو القصد ، فهو وثيق الصلة
بالأخير ، لأن من اتحد قصده على القيام بشيء ، لابد أن يكون مدركا قادرا على
أن يستوعب في ذهنه هذا الفعل واتخاذ القرار بشأنه ثم يتحدد عزمه عليه ، ومن ثم
يقوم بتجسيده إلى قول أو فعل يحدث أثرا قانونيا معيناً .
ومن خلال ما تقدم يمكن تعريف القصد المدني بأنه : توجيه العزم لتحقيق حالة ،
بعلم وإدراك وإرادة ، يرتب عليها القانون أثرا مدنياً .
ولعل قصد التملك هو أبرز صور القصد المدني فهو توجيه العزم نحو تملك
شيء بأدراك وإرادة ، وعلم بالحالة وآثارها المدنية التي يرتبها القانون على تلك
الحالة ، سواء كان أثرا إيجابيا لصاحب القصد ، كما في قصد التملك في الاستيلاء
، فيه تنشأ الملكية ، أو أثرا سلبيا له ، كما في قصد التملك في يد الضامن ، إذ بهذا
القصد تكون اليد ضامنة ويسأل صاحبها عن هلاك المثل الذي في حوزته .

المبحث الثاني

وظائف القصد المدني

القصد المدني متنوع الوظائف، ففي الوقت الذي يؤدي فيه دوراً في نشوء كل من العقد والإلتزام، فإن له دوراً في المسؤولية، كما أن له دوراً في تضمين اليد - موضوع رسالتنا - وعلى قدر تعلق الأمر بموضوعنا ، فإننا لاتبحث هنا عن دور أو وظيفة القصد في كل من الإلتزام والعقد⁽¹⁾، بل نبحث عن دور القصد في كل من المسؤولية والملكية ، وهذا ما سنعالجه في مطلبين .

المطلب الأول

القصد في المسؤولية

إن اظهر مدى تأثير القصد في المسؤولية مرتبط من وجهة نظرنا بشكل أساسي بتوضيح الجدل الفقهي الحاد الذي دار حول أساس المسؤولية وانقسامهم بين من يؤخذ بالخطأ كأساس للمسؤولية وبين من يرى أن الضرر هو الأساس الوحيد . والمسؤولية في معناها العام تعني المولادة والتبعة⁽²⁾ وقد انقسم فقهاء القانون المدني بخصوص أساس المسؤولية المدنية الى نظريتين وهما النظرية الشخصية (نظرية الخطأ) حيث جاء أصحابها بقاعدة مفادها ((لا مسؤولية بدون خطأ)) ويجعلون من الخطأ سواء أكان عمداً أم إهمالاً محور نظريتهم وذلك بخلاف أصحاب النظرية الموضوعية أو (نظرية الضرر) (نظرية تحمل التبعة) بحيث

(1) لاحظ بخصوص ذلك أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، النظرية العامة للقصد المدني . مرجع سابق ، ص 193 وما بعدها.

(2) لاحظ : د. فتحي عبد الرحيم عبدالله ، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 10.

بناذون بتأسيس المسؤولية على الضرر وحده ويحمل المسؤول تبعه الضرر المترتب على فعله بصرف النظر عن وقوع الخطأ⁽¹⁾.

وإزاء عدم إمكان تحديد فاصل دقيق يبين متى تقوم المسؤولية على الخطأ ومتى تقوم على التبعة أو الضرر بالإضافة إلى ضعف المبرر القانوني الذي ساقه أصحاب النظريتين ظهرت نظرية أخرى يطلق عليها اسم (نظرية الضمان أو نظرية ازدواج المسؤولية المدنية) حيث نادى صاحبها (ستارك) المسؤولية على فكرة الضمان ، بحيث يبنى المسؤولية على الضرر وحده بينما يعطي للخطأ دوره لاحقاً وذلك في مرحلة تحديد مقدار التعويض ، ويعطيه معنى جديداً وذلك بأعمال الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي العقوبة الخاصة⁽²⁾.

ومهما تعددت النظريات بهذا الشأن فنحن نتفق مع من يقول أن المسؤولية لا تنتهز بالخطأ فقط أو بالضرر وحده ، فمتلما الخطأ ركن في المسؤولية ، كذلك فإن الضرر ركن فيها ، والرابطة السببية بينهما تشكل الركن الثالث ، وعدم وجود أي ركن من هذه الأركان يؤدي إلى عدم نهوض المسؤولية لذا فإن توافر الأركان الثلاثة ملزم لوجودها ، لكن الشخص يكون مسؤولاً لا لأنه أحدث ضرراً بل لأنه ارتكب خطأ يستوجب المولأخذة⁽³⁾.

ونظراً لأن القصد المدني الذي نحن بصدد شرحه وتناوله هو القصد المدني السيء ، فإنه مرتبط بركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، أي عندما لا تقوم على مجرد الخطأ بل يحتاج إلى الخطأ القصدي الواقع عن عمد وقصد الأضرار بالآخرين لذا فإنه يعتمد في بنائه بشكل أساسي على درجات معينة من الأخطاء كالخطأ العمد والغش ، لذا فإن تحديد نوع الخطأ يساهم مساهمة فعالة في تحديد

(1) لاحظ : بشأن تفاصيل هذه النظريات د. جبار صابر طه ، أقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر ، منشورات جامعة صلاح الدين ، 1984 ، ص 45 ومابعدها.

(2) لاحظ : د. فتحي عبدالرحيم عبدالله ، مرجع سبق ، ص 25-29.

(3) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، الخطأ و حقيقة أسس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، مكتبة النصار ، أربيل ، 2008 ، ص 9-10.

إطار هذا الموضوع ، فلأنواع الخطأ أثر بالغ الأهمية في المسؤولية المدنية عقديّة كانت أم تقصيرية ، فالإخطاء التقصيرية يتكون بها القصد المدني السيء ، الذي يساهم ليس فقط في تحديد المسؤولية ، بل حتى في مقدار التعويض⁽¹⁾.

لذا لا يمكن القول أن درجات الإخطاء أصبحت غير ذي جدوى ، إذ تترتب على هذه الدرجات آثار مهمة ، فعند توافر الغش أو الخطأ الجسيم يسقط كل الاتفاقات الخاصة بالاعفاء أو التخفيف من المسؤولية⁽²⁾، وفي الفوائد الاتفاقيّة أيضاً حيث أجاز القانون لدائن المطالبة بتعويض تكميلي بجانب الفوائد القانونيّة أو الاتفاقيّة ، إذا أثبت أن الضرر قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم ارتكبه⁽³⁾ لذلك لأن القصد في المسؤولية المدنيّة تتمثل فيما بات يعرف لدى الفقه اللاتيني ب (الخطأ العمدي) أو (الغش) أو (الخطأ غير المغتفر) ، وذلك تبعاً لسوء نية الفاعل ودرجة قصده نحو ارتكاب الخطأ أو تحقيق غايات لغيره⁽⁴⁾.

مما يوصلنا الى نتيجة مهمة مفادها أنه لا يمكن الاكتفاء بدرجات الخطأ غير العمد أو بالأحرى بدرجات الإخطاء غير التقصيرية لتكوين القصد المدني السيء ، ذلك لأن الأمر يقف في الخطأ الجسيم عند حد توقع الفعل دون النتيجة ، فما بالنسبة لدرجات الإخطاء غير العمديّة الأخرى من يسير وتافه والذين يرافقهما انتفاء قصد الإضرار بالغير ويندرجان ضمن الإخطاء غير العمديّة.

(1) لاحظ : على سبيل المثال المادة (217) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ : ف2 من المادة (259) من القانون المدني العراقي.

(3) لاحظ : ف2 من المادة (173) من القانون المدني العراقي.

(4) نقلاً عن : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد ، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنيّة في القانون

العراقي، مرجع سابق ، ص71.

المطلب الثاني القصد في الملكية

فرق المشرع العراقي بين الملك التام والملك الناقص ، فالملك التام هو ماحدثته المادة (1048) ⁽¹⁾ مدني بقولها : ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك ، تصرفا مطلقا فيما يملكه ، عينا ومنفعة واستغلالا . فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)).

أما الملك الناقص فهو الملك على الشيوع ، إذ لا يستطيع أحد الشركاء اطلاق تصرفاته على المال بشكل مطلق بل هو سيتقيد بما للآخرين من الشركاء من سلطات على المال ذاته .

والملكية سواء أكانت على شكل ملك تام أو ناقص لها أسباب لكسبها ، فالمالك يصبح مالكا للشيء بأحد الأسباب الآتية:

1- الاستيلاء.

2- الميراث.

3- الوصية.

4- الانتصاق.

5- العقد.

6- الشفعة.

7- الحيازة.

ولكون الحيازة هي من أهم أسباب كسب الملكية تعلقا بموضوعنا، عليه سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين ، نعالج في الفرع الأول استظهار دور القصد في أسباب كسب الملكية ، ثم نوضح في الفرع الثاني حقيقة دور القصد في تحديد صفة يد الحائز .

(1) تقابلها المادة (802) مدني مصري ، والمادة (1018) مدني أردني.

الضرع الأول

دور القصد في أسباب كسب الملكية

بامستثناء الميراث الذي هو قائم على مبدأ تملك وتمليك بألزام الشارع⁽¹⁾، وبالتالي لا عبء للقصد الا في التخلي عن الحصة الارثية بالتنازل عنها، أي التخرج ، الا أن للقصد دور في جميع هذه الأسباب ، وكما يأتي :

أولاً: القصد في الاستيلاء:

يظهر دور القصد في الاستيلاء جلياً، فهو الركن المعنوي فيه ، لا لا يتحقق حكم الاستيلاء الا به ، حيث نصت الفقرة (1) من المادة(1098) من القانون المدني العراقي على أنه : ((كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه⁽²⁾)).

فبالإضافة الى الاحراز أي وضع اليد حقيقة أو حكماً يجب كذلك أن يكون الاحراز مقترناً بقصد التملك ، وعلى ذلك فمن يحرز شيئاً لا بقصد تملكه بل بالصدفة فإنه لا يصبح مالكا ، بل يبقى الشيء مباحاً وباستطاعة كل شخص الانتفاع به فمن وضع اناءً بقصد جمع الماء ، فإن الماء المتجمع يكون ملكاً له ولكنه لو قام بوضع الاناء في محل بدون قصد جمع المطر فنزل المطر ، فلا يكون الماء ملكاً له لعدم اقترانه بقصد التملك ، وعلى ذلك ليس للصغير غير المميز أو المجنون أن يملك بالاحراز لانعدام القصد نظراً لاختلاط واقعة الاحراز براءة التملك ، وهذه الارادة تفترض أو تتطلب قدراً معيناً من الوعي والادراك وهو غير متوفر لا في الصغير غير المميز ولا في المجنون⁽³⁾.

(1) لاحظ: د . أحمد علي الخطيب ، أحكام الميراث ، جامعة الموصل ، 1982 ، ص 8.

(2) لاحظ: المادة (870) مدني مصري ، والمادة (1076) مدني أردني.

(3) لاحظ : محمد طه البشير ود. غني حصون طه ، الحقوق العينية ، الجزء الأول ، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي كلية لقانون بجامعة بغداد ، 1402هـ ، 1982م ، ص 160-161.

ثانيا : القصد في الالتصاق:

والقصد يظهر جليا في الالتصاق الصناعي ، (الالتصاق بفعل الانسان) ، اذ أن القانون يأخذ بعين الاعتبار كون هذا الفعل كان مقصودا قائما على العلم أم لم يكن مقصودا جرى بحسن نية ، وهذا ما جعل الفقه ⁽¹⁾ يميز بين حالات متعددة للالتصاق فصل بينها على أساس حسن النية أو سوءها ، فالذي يحدث بناء على أرض غيره ، يختلف حكمه فيما لو كان يعلم أن الأرض الذي يحدث عليها البناء هي ليست مملوكة له . أو كئن لا يعلم ، بل كان علمه قائما على زعم سبب شرعي ، اذ نصت المادة (1119) مدني عراقي ⁽²⁾ : ((إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحبها ، كان لهذا أن يطلب قلع المحدثات على نفقة من أحدثها ، فإذا كان القلع مضرا بالأرض ، فله أن يمتلك المحدثات بقيمتها مستحقة للقلع)). وهذه المادة تبين حكم المحدث سيء النية ، أما المادة (1120)⁽³⁾ فهي توضح حكم المحدث حسن النية حيث نصت على أنه : ((إذا أحدث شخص بناء أو غراسا أو منشآت أخرى بمواد من عنده على أرض مملوكة لغيره بزعم سبب شرعي ، فإن كانت قيمة المحدثات قائمة أكثر من قيمة الأرض كان للمحدث أن يمتلك الأرض بثمن مثلها وإذا كانت قيمة الأرض لا تقل عن قيمة المحدثات ، كان لصاحب الأرض أن يمتلكها بقيمتها قائمة)).

ومن هنا تظهر حقيقة دور القصد في الملكية للقائمة على التصاق الأموال.

(1) لاحظ . محنت ضة تبشير ودغني حنون طه ، المرجع السابق ، ص 170-174.

(2) لاحظ لجنة (924) . مدني مصري ، المادة (1140) مدني أردني.

(3) لاحظ : نمرة (1141) مدني أردني.

ثالثاً: القصد في الشفعة:

الشفعة ، بحسب القانون المدني العراقي ، هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والتنفقات المعتادة ⁽¹⁾. والشفعة تحصل عندما يقدم الشفيع طلبا ليتمسك بها وهذا ما يستفاد من نص المادة (1138) مدني عراقي ⁽²⁾ حيث نصت على أنه: ((على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته لكل من البائع والمشتري أو دائرة التسجيل العقاري خلال خمسة عشر يوما من تأريخ انذاره بالبائع انذارا رسميا من البائع أو المشتري ، والا سقط حقه . ويجب أن يتضمن هذا الانذار بيان العقار للمبيع بيانا واضحا وبيان الثمن وشروط البيع واسم كل من البائع ومحل اقامته ، والا كان الانذار باطلا)).

فاعلان الرغبة قائم على عمل ارادي مقصود به تملك العقار المشفوع وهنا يبرز دور القصد في هذا السبب الناقل للملكية .

رابعا: القصد في العقد والوصية:

وبما أن كل من العقد والوصية تصرف قانوني يهدف الى لحدث آثار قانونية ، تتمثل في انتقال الملكية بين المتعاقدين أو من احدهما الى الآخر ، ومن الموصي الى الموصى له ، فان للقصد دور واضح فيهما ، لأن الأخير اذا لم يكن موجودا فلا وجود للتصرف ، ان القصد في التصرف القانوني يتم البحث عنه في ركني الرضا والسبب ، فهو عنصر في الرضا ، فيتكون الرضا عند الحنفية من عنصرين الأول : القصد الى مباشرة السبب ، القصد الى القول أو الفعل المنشئ للتصرف ، والعنصر الثاني هو الرغبة في الحكم ، ويعبر رجال الفقه الوضعي عن القصد الى مباشرة السبب بارادة التعبير ، وعن القصد الى الحكم بارادة الأثر ⁽³⁾، وبه ينهض

(1) للمادة (1128) مدني عراقي ، تقابلها المادة (1150) مدني أردني.

(2) تقابلها المادة (940) مدني مصري ، والمادة (1162) مدني أردني.

(3) لاحظ : د. السيد نشأت إبراهيم الدريني ، القراضي في عقود المبادلات المالية ، الطبعة الأولى ، دار

لتشروق ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، 1402هـ ، 1982م ، ص52.

السبب سواء أكان سببا للالتزام أم سببا للعد ، كما أن القصد قد يتجه إلى ذات التصرف ، كما قد يتصل بآثره⁽¹⁾.

خامسا: القصد في الحيازة:

الحيازة نظام قانوني اقتبسه المشرع من الفقه اللاتيني ، وهو يقابل نظام اليد الذي اقتبسه المشرع من الفقه الاسلامي ، بل ان الموضوعين مرتبطان ببعضهما البعض ، وقد عرفت الفقرة (1) من المادة (1145) الحيازة بأنها : ((الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق))⁽²⁾. وعلى رغم من أن المشرع لم يبرز دور الركن المعنوي في الحيازة الذي يمثل قصدا مدنيا واضحا ، إلا أن الفقه قد عدّه ركنا في الحيازة⁽³⁾ ، كما أن القصد يلعب أدورا كثيرا في الحيازة ، نذكرها:

- 1- القصد هو الذي يميز بين الحائز حيازة حقيقية والحائز حيازة عرضية ، فالمستأجر للعقار بموجب عقد إيجار ، هو يحوز العقار نيابة عن المالك ، إذ لا تتوافر لديه نية كسب أي حق على العين المؤجرة ، فحيازته عرضية لها.
- 2- كما أن للقصد دور في تحول صفة الحيازة من عرضية إلى حقيقية بفعل الحائز ، عندما تتوافر لديه نية كسب الحق على الممل الذي في حوزته ، كما في حالة المستأجر عندما ينكر الحق على المؤجر فيحوز الشيء بصفته مالكا له .
- 3- الحيازة لا تقوم على عمل من أعمال الإباحة أو عمل من أعمال التسامح ، إذ نصت الفقرة (2) من المادة (1145) مدني عراقي⁽⁴⁾ على أنه : ((ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة ، أو عمل يتحمّله الغير

(1) لاحظ : نستينا د. محمد سليمان الاحمد ، للنظرية العامة للقصد المدني ، مرجع سابق ، ص 195-196.

(2) لاحظ: المادة (1171) مدني أردني ، ولا يوجد تعريف للحيازة في القانون المدني المصري.

(3) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني ، الحقوق العينية الأصلية (الباب كسب الملكية) ، القاهرة ، 1993، ص 337.

(4) لاحظ: المادة (949) مدني مصري ، الفقرة الثالثة من المادة (1171) مدني أردني.

على سبيل للتسامح منه. وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة)). وهنا يبرز دور القصد ، ولا سيما في التسامح ، إذ معه ينتفي العلم لدى المالك في أن نية المحتز تتجه نحو كسب الحق على الشيء المحوز ، ولهذا لا تنهض بالتسامح حيزة لوجود خلل في القصد.

4- كما أن الحيازة لا تنهض بوجود عيب اللبس أو الغموض ، فهذا العيب يشوب الركن المعنوي للحيازة ⁽¹⁾ المتمثل في القصد المدني نحو كسب الحق على الشيء.

5- كما أن لحسن القصد (النية) أو سوءه دور كبير في الحيازة ، وقد بينت المادّة (1148) مدني عراقي ⁽²⁾ حسن النية وسوء النية ، إذ نصت على أنه : ((1- يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير . وحسن النية يفترض دائما ، مالم يقوم الدليل على خلاف ذلك . 2- ولا تنزع صفة حسن النية لدى الحائز ، الا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته اعتداء على الغير . ويعد كذلك سوء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكراه ، ولو اعتقد ان له حقا في الحيازة)).

6- بل ان وظائف الحيازة في كسب الملكية أو في منع سماع دعوى الملك تختلف باختلاف سوء نية الحائز أو حسنها ، وبحسب ما اذا كانت الحيازة واردة على عقار أو منقول ، وقد وضع المشرع العراقي ثلاثة أحكام للحيازة تختلف باختلاف نوع القصد فيها وكما يأتي:

أ- حيازة منقول أو عقار بسوء النية : حيث نصت الفقرة (1) من المادة (1158) ⁽³⁾ مدني عراقي على أنه : ((من حاز منقولا أو عقارا غير مسجل في دائرة

(1) لاحظ: د. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الأصلية) . د. الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973 ، ط1 ، ص193 وما بعدها. ولستأنا المشرف د. محمد سليمان الاحمد . الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمان ، 2001 ، ص11 .
(2) لاحظ المادة (965) مدني مصري ، تقابلها المادة (1176) مدني أردني .
(3) لاحظ المادة (968) مدني مصري ، تقابلها المادة (1181) مدني أردني .

التسجيل العقاري باعتباره ملكا له أو حاز حقا على منقول أو حقا عينيا غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمسة عشر سنة ، فلا تسمع عليه عند الإنكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذئ عذر شرعي)).

ب- حيازة عقار بحسن نية ، حيث نصت الفقرتان (2؛3) من المادة (1158)⁽¹⁾ مدني عراقي على أنه: ((2- وإذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري ، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري ، واقتربت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح ، فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات . ولا يشترط توافر حسن النية ، الى وقت تلقي الحق . 3- والسبب الصحيح هو سند أو حادث يثبت حيازة العقار ، باحدى الوسائل التالية:

أ- الاستيلاء على الاراضي الموات

ب- انتقال الملك بالارث والوصية.

ج- الهبة.

د- البيع أو الفراغ.

ج- حيازة منقول بحسن نية ، حيث نصت المادة (1163)⁽²⁾ مدني عراقي على أنه: ((1- من حاز وهو حسن النية منقولا أو سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح ، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد. 2- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك)).

(1) لاحظ الفقرة الاولى من المادة (969) مدني مصري ، تقابلها الفقرة الاولى من المادة (1182) مدني أردني.

(2) لاحظ المادة (976) مدني مصري ، تقابلها المادة (1189) مدني أردني.

7- كما أن المشرع اعتمد على القصد في تملك الحائز للثمار ، إذ أنه فرق بين كون الحائز حسن النية أو سيء النية :

أ- للحائز حسن النية : حيث نصت المادة (1165) ⁽¹⁾ مدني عراقي على أنه : ((يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المناقع مدة حيازته)).

ب- الحائز سيء النية : حيث نصت المادة (1166) ⁽²⁾ مدني عراقي على أنه : ((يكون الحائز سيء النية مسؤولاً ، من وقت أن يصبح سيء النية ، عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضتها . غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار)).

8- كما أن المشرع اعتمد على عنصر القصد في تحميل الحائز للمصروفات النافعة ، إذ أحالت الفقرة (2) من المادة (1167) حكم هذه المصروفات الى كل من المادتين (1119-1120) وهما يتعلقان بحكم التصاق المنقول بعقار بقيام صاحب المواد بالبناء على ملك الغير ، إذ تضمنت المادة (1119) بيان حكم المحدث سيء النية ، وتضمنت المادة (1120) بيان حكم المحدث حسن النية.

9- وأخيراً تشدد المشرع مع الحائز سيء النية فيما يتعلق بمسؤوليته عن الهلاك ، حيث نصت المادة (1168) ⁽³⁾ مدني عراقي على أنه : ((إذا كان الحائز سيء النية ، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه)).

(1) لاحظ المادة (978) مدني مصري ، تقابلها المادة (1191) مدني أردني.

(2) لاحظ المادة (979) مدني مصري ، تقابلها المادة (1192) مدني أردني.

(3) لاحظ المادة (984) مدني مصري ، تقابلها المادة (1196) مدني أردني.

مما سبق تتضح حقيقة الدور الذي يلعبه القصد في الحيازة التي لها تأثير واضح على الملكية إيجابا وسلبا ، كما أنها تقابل موضوع اليد ، اذ غالبا ما تكون يد الحائز سيء النية يد ضمان ، ويد الحائز حسن النية يد أمانة ، الا في بعض الحالات القليلة ، ويمكن توضيح حقيقة دور القصد في تحديد صفة يد الحائز على ملك الغير من خلال الفرع التالي .

الفرع الثاني

دور القصد في تحديد صفة يد الحائز

يمثل نظام الحيازة نظام وضع اليد في الفقه الاسلامي ، وعلى هذا الأساس توصف يد الأمانة بأنها حيازة مشروعة ويد الضمان بأنها حيازة غير مشروعة (1)، وتختلف تكييف اليد بأنها يد أمانة أو يد ضمان بحسب استناد الحيازة الى حسن النية وتوافر السبب الصحيح أو سوء النية (2)، لذا فان توضيح الدور الذي يؤديه القصد في تحديد صفة يد الحائز مرهون ببيان مدى التقارب الموجود بين مفهوم كل من يد الأمانة وحسن النية من جهة ، ويد الضمان وسوء النية وما يجمع بينهما من جهة أخرى.

ونكون بصدد يد الأمانة عندما يحوز انسان مالا لغيره ويضع يده عليه ، لا بقصد تملكه بل باعتباره نائباً عن المالك أو بأذن منه ، فهو على يقين بأنه ليس بمالك لهذا الشيء (3) ويعرف الحائز حسن النية بأنه من يحوز الشيء بغير قصد التعدي على حق الغير ، اعتقاداً منه أنه هو المالك الحقيقي ، وهو بهذا المفهوم يقترب من مفهوم يد الامانة نظراً لانتفاء قصد التملك (4) في حين يقصد الحائز سيء النية (1)

(1) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسجه الجديد ، الجزء الأول ، الطبعة التاسعة منقحة و مزيده ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، 2002 ، ص 199 الهامش رقم (1).

(2) لاحظ : د. ايلي عبدالله سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد ، وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام ، الطبعة الأولى ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، 2001 ، ص 197.

(3) لاحظ : د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ، الجزء الثاني ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006 ، ص 244.

(4) لاحظ: الفقرة (1) من المادة (1148) من القانون المدني العراقي ، مقابل المادة (1176) من القانون المدني الاردني ، للتفاصيل حولها لاحظ: استاذنا د . محمد سليمان الاحمد واستاذنا د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (17) ، السنة الثامنة، 2003.، ص 81.

من وراء حيازته الاعتداء على حق الغير وتتوفر لديه نية التملك الميئة ، وهو بهذا يتفق مع مفهوم يد الضمان التي تكون على مال شخص آخر بقصد تملكه ، ووصف اليد بأنها يد أمانة أو يد ضمان يكون تابعاً للنية ونظراً للتعبيرات التي تطرأ على النية بين فترة وأخرى فإن هذا الوصف لا يظهر على الحيازة منذ ابتدائها ، لذا إذا أراد الحائز تملك المنقول كانت يده عليه يد ضمان ، أما إذا وضعه في حيازته وبغير قصد تملكه عدت يده يد أمانة ، كما وأن تحول صفة اليد من يد أمانة إلى يد ضمان أو العكس يكون تابعاً للنية في كثير من الحالات ⁽²⁾ فالحائز سيء النية غالباً ما تكون يده على الشيء يد ضمان كالغاصب والسارق وخائن الأمانة والذي يعثر على اللقطة فيأخذها على سبيل التملك ⁽³⁾ ، أما الحائز حسن النية فيده على الشيء يد أمانة إلا في الحالات التي تستثني بنص القانون كيد البائع قبل التسليم ⁽⁴⁾ فرغم حسن نيته إلا أن يده على المبيع تعد يد ضمان ، لكنها تنقلب إلى يد أمانة بقيام سبب قانوني للحبس ، ومن الأمثلة على يد الأمانة ، يد كل من الوكيل والوكيل والمستأجر والذي يعثر على اللقطة فيأخذها لكي يردها لمالكها ⁽⁵⁾.

(1) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (1148) من القانون المدني العراقي ، نقليها المادة (1177) من قانون المدني الأردني.

(2) لاحظ: مستند د . محمد سليمان الأحمد واستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص 82.

(3) لاحظ: الفقرة الأولى من المادة (974) من القانون المدني العراقي .

(4) لاحظ : المادة (428) من القانون المدني العراقي.

(5) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (974) من القانون المدني العراقي.

الفصل الثاني

دور التعدي والتعمد في تضمين اليد

ان توضيح دور كل من التعدي والتعمد مرتبط بشكل أساسي بنظرية تدرج الخطأ الذي أصبح لا ضرورة له بنظر الكثير من الفقه ، الا أن درجات الأخطاء عموماً والعمدية منها خصوصاً يساهم بشكل كبير في بنائه ، فالتعمد هو القصد بعينه وما دمننا بصدد بيان القصد المدني السيء فإن هذا يجعل من الترابط بين العمد ودرجات الأخطاء ترابطاً وثيقاً.

للتعرف على دور كل من التعدي والتعمد في تضمين اليد لا بد من تعريفهما وتمييزهما عما يشته بهما ، يقتضى التعريف بمصطلحي التعدي والتعمد التصدي لتحديد مفهومهما المعتمد أساساً على ما أقره الفقهاء المسلمون ، وبتحديد هذا المفهوم سوف نحاول تمييزهما عما قد يشته بهما ، عليه سوف نقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الأول تحديد مفهوم كل من التعدي والتعمد ونعالج في المبحث الثاني تحديد نطاق التعدي والتعمد بتمييزهما عما يشته بهما .

المبحث الأول تحديد مفهوم كل من التعدي والتعمد

لغرض الاتِّصاف الوافي بمضمون كل من المصطلحين نقسم هذا المطلب السى
فرعين ، ننتاول في المطلب الأول التعدي ونلقي الضوء في المطلب الثاني على
التعمد .

المطلب الأول مفهوم التعدي

التعدي عند علماء اللغة هو مجاوزة الشيء إلى غيره، يقال: (عُدَّاه تَعْدِيَةً
فَتَعْدِي) أي تجاوزه⁽¹⁾، وفي هذا المعنى ورد قوله تعالى (و من يتعد حدود الله فقد
ظلم نفسه)⁽²⁾ أي يجاوزها.

أما التعدي في إصطلاح الفقهاء فقد إستخدمه الفقهاء المسلمون لخدمة معان عدة
وبشكل عام يمكن تجميعها في معنيين. المعنى الأول: التصرف في مال الغير دون
قصد تملكه: وأكثر الفقهاء إستعمالا للتعدي بهذا المعنى هم المالكية والأباضية، فقد
أستعمل بمعنى الجنائية بوجه عام بمعنى أن نطاقه يتسع ليشمل التعدي على الأنفس
والأبدان والفروج والأموال، وجاء عندهم أيضا بمعنى غصب المنفعة فسموا
الإستيلاء على الشيء غصبا، أما الإستيلاء على منفعة فقط دون أن يكون لدى
الشخص قصد تملكه يسمى تعديا⁽³⁾.

(1) الإمام محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الأولى، دار المعرفة،
بيروت، لبنان. 2005. ص373، مادة عدا.

(2) (الطلاق: 1).

(3) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة،
1985، ص227-228.

المعنى الثاني: مجاوزة الحد المأذون فيه: فقد تناول الفقهاء المحدثون التعدي بهذا المعنى، وقصدوا به إحداث عمل لم يأذن الشرع فيه، بعبارة أخرى إحداث عمل لم يكن للشخص حق فعله، أي قيامه بما يجاوز المشرع إلى غيره، فهو تعبير عن الظلم ومجاوزة الحقوق وبذلك يقترب مفهوم التعدي في هذا المجال من معناه اللغوي إن لم يكن هو نفسه⁽¹⁾.

فقد عرفه أحد الفقهاء بأنه: (مجاوزة الحق بحسب عرف الناس وعاداتهم مما يتطلب الإقتصار عليه شرعا)⁽²⁾، وذهب آخر إلى إيراد تعريف واضح جامع مانع للتعدي فيقول: بأنه (مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة)⁽³⁾. فالمراد بهذا المعنى للتعدي قيام المتعدي بما يجاوز المشروع إلى غيره أو جاوز الحد المأذون له في حقه وتعداه إلى غيره فهو تعبير عن الظلم ومجاوزة الحقوق⁽⁴⁾، وبذلك إذا نتج الضرر عن عمل مباح أو استعمال لا يعد تعديا عملا بالقاعدة الفقهية (الجواز الشرعي ينافي الضمان)⁽⁵⁾.

و يرى أحد الفقهاء⁽⁶⁾ وجوب التفرقة بين لفظي التعدي والتفريط وتحديد المفهوم الأخير لم يأت به نص شرعي وإنما يمكن إستخلاصه من الروايات ومن المتعارف

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص 228. و لاحظ في شأن هذا التقسيم د. فامة عدنانعليم هرح الشيخ، أحكام مسؤولية الأمير في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار للجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 65-70.

(2) لاحظ: الشيخ علي الحنيف، ضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث و الدراسات القانونية، ص 249.

(3) د. محمد هوري فيض الله، المسؤولية التقصيرية بين الشريعة و القانون، نقلا عن: جبار صابري طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عصر الضرر، منشورات جامعة صلاح الدين، مضعة جامعة الموصل، 1984، ص 179.

(4) لاحظ: الشيخ علي الحنيف، مرجع سابق، ص 249.

(5) المادة (6) من القانون المدني العراقي.

(6) لاحظ: د. محمد عليوي ناصر، خيانة الأمانة و أثرها في العقود المالية في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2001، ص 54، 55.

عند الفقهاء في أقوالهم بمعنى أن التفریط يأتي بمعنى التقصير وعدم الإلتفات فكل ما لا يكون بنية التعدي بل بسبب غفلة وعدم الإنتباه لا يعد عدواناً أي تعدياً بل هو تقصير وإهمال بعدم الإلتفات وتفریط في حقوق الغير مما يعني أنه أقام التفرقة بين التعدي والتفریط على أساس توفر النية لدى الفاعل من عدمه.

وهذا الرأي الذي أشرنا إليه سابقاً يخالف ما ذهب إليه بعض الباحثين والدارسين⁽¹⁾ الذين يرون أن الفقهاء أحياناً إستعملوا التعدي بمعنى التقصير وميدانه كان واسعاً لدى الفقهاء المسلمين حتى بات مماثلاً للخطأ التقصيري لدى الفقه القانوني فيبدأ من مجاوزة الحق والتعسف فيه مروراً بالإهمال والتقصير وعدم التحرز.

أما أحد الفقهاء⁽²⁾ فله رأيه الخاص فيما يخص معنى التعدي فيقول أن التعدي يستعمل في معنيين ويجب التمييز بينهما، فالمدعى الأول: هو المجاوزة الفعلية إلى حق الغير أو ملكه المعصوم وهذا ما يتفق مع إتده الفقهاء المحدثين في تعريفهم للتعدي والمعنى الثاني: هو العمل المحظور في ذاته شرعاً بقطع النظر عن كونه متجاوزاً حدود الغير أم لا.

فالتعدي بالمعنى الأول هو شرط أساس في مسؤولية كل من المباشر والمتسبب على حد سواء، ويستوي في هذه الحالة الإقرار بمسؤولية كلاهما وجود التعدي الخطأ والعمد، فهو شرط في الفعل الضار عموماً سواء أكان ذلك مباشراً أم متسبباً، أما التعدي بمعناه الثاني، فليس بشرط لإقرار مسؤولية كل من المباشر والمتسبب بحيث أن الفعل لا يعد في ذاته محظوراً شرعاً بل قد يكون واجباً ويثبت معه

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص(228-229)، و صالح أحمد محمد الهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص(52-53)، و لاحظ (م204) من القانون المدني العراقي حيث تنص (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض) و كل يشمل جميع صور التعدي.

(2) لاحظ: د. مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دراسة وصياغة قانونية موصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وأقبحها إنطلاقاً من القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، دار العلوم، بيروت، 1409هـ-1988، ص78-79.

الضمان، مثال ذلك من يضطر إلى أكل طعام غيره لكي ينقذ نفسه من الهلاك فإن فعله جائز لكن مع ذلك يستوجب الضمان، أو كما لو زلق إنسان أو أغشى عليه فوقع على مال غيره فأتلمه فإنه ضامن على الرغم من أنه لم يأت بعمل محظور ولكن ذلك لا يمنع من وصف فعله بالتعدي بناء على القاعدة للكلية (الإضرار لا يبطل حق الغير) ⁽¹⁾.

نستخلص من كل ذلك أنه لا يمكن إنكار العلاقة بين المعنى اللغوي والإصطلاحي للتعدي فالفقهاء قاموا بتعريفه على ضوء معناه اللغوي ويظهر ذلك أكثر في اتجاه الفقهاء المحدثين الذين عرفوه بمجاوزة الحد المأثور فيه وقد جعلوا من الشرع أو العرف ضابطاً، بحيث يمكن إستخلاص إباحة ذلك التصرف منه أم لا كما أن المعنى الأول أيضاً لا يخرج عن نطاق معنى المجاوزة، إذ أن إتلاف الشخص مال الغير الذي تحت يده، أو إنتقاعه به بغير إذن صاحبه، أو إستعماله زيادة على المدة أو المسافة المشترطة بوصف بأنه خروج عن الواجب، وتجاوز للحد المأثور فيه وتعديه إلى غيره ⁽²⁾، ولا يمكن الإستغناء عن التعريف الثاني الذي ترمعه بعض الفقهاء المحدثين وذلك نظراً لما يتسم به من شمولية وإستيعاب كل معلى التعدي، لذا نؤيده ونجعل منه المعنى المختار لإتساع نطاقه للتصرف في مال الغير خصوصاً وأنه لا يمكن إيجاد نص في الشرع أو عرف يجيز للشخص التصرف في مال غيره دون إذنه .

و نجد من الفقهاء ⁽³⁾ من يتناول التعدي كركن من أركان ضمان العدوان ⁽¹⁾ بجانب الضرر والعلاقة السببية بين كلا من الخطأ والضرر، ومن المعروف أن من

(1) لاحظ : الفقرة الأولى من المادة (213) من القانون تمني للعراقي ، تقبيلها المادة (63) من القانون المدني الأردني.

(2) لاحظ: نسامة عبدالعليم فرج الشيخ، مرجع سابق، ص70

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، القاهرة ، 1410هـ - 1990م، ص128 و ما بعدها.

القواعد الكلية التي تحكم المسؤولية في العمل غير المشروع في الفقه الإسلامي أن (المباشر ضامن وإن لم يتعمد)⁽²⁾، والركن⁽³⁾ جزء من حقيقة وماهية الشيء بحيث يتوقف وجوده عليه فإذا تخلف تخلف الحكم معه أيضا ، وحسب القاعدة التي أوردناها أعلاه فإن الفقه الإسلامي يجعل من المباشر ضامنا سواء صدر منه أي تعد أم لا فبانتهاء تعديده لا بد من انتفاء للحكم أيضا وهو عدم تقرير مسؤولية المباشر إذا ما اعتبرناه ركنا، ومع هذا نرى أن الحكم لا ينتفي بل يبقى المباشر مسؤولا عن كل ما يتلفه مع أن التعدي غير متوافر، وتجدر الإشارة إلى أننا استعرضنا هذا الكلام بالنسبة لمسؤولية المباشر وفي نطاق الفقه الإسلامي فقط ولا نعدده لغيره، فعلى الأقل لا يمكن أن يكون التعدي ركنا في مسؤولية المباشر في الفقه الإسلامي.

(1) و يجب أن يلاحظ أنه يستخدم (ضمان المدون) لكي يميزه عن ضمان العقد قصير مفهومه على التعدي المتأتي من مخالفة الأحكام الشرعية العامة و الذي يتمثل في ولجب عدم الإضرار بالغير وللتعرض له سواء في ماله و بدنه و سائر حقوقه الأخرى، (لاحظ في هذا الموضوع: د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص73) ، و من للملاحظ أن عنوان المؤلف يحمل نفس الاسم.

(2) لاحظ: المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية، و لاحظ شرحها لدى منير القفاضي، شرح المجلة، الجزء الأول، مطبعتا السريان و المتي، بغداد، 1947، ص159 و هناك إتجاه في الفقه يرى أن القاعدة يجب أن تكون على الشكل التالي (المباشر ضامن و إن لم يتعمد) بإعتبار أن التعدي له مفهوم واسع في الفقه الإسلامي فيشمل (العمد) و غيره، (لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص75، صالح أحمد محمد اللهيبي، مرجع سابق، ص53-54.

(3) لاحظ في تعريف الركن، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق ، ص254.

بينما نجد من الباحثين من يجعل من التعدي شرطاً⁽¹⁾ وليس ركناً وذلك حين يطرح السؤال التالي الخاص بمدى كون التعدي شرطاً في الفعل الضار مباشرة أو تسبباً⁽²⁾ ولم يقل (ركن)، إضافة إلى ذلك فإن الضمان من قبيل خطاب الوضع في الفقه الإسلامي، وليس من خطاب التكليف وخطاب الوضع يقتضي جعل الشيء سبباً لشيء آخر أو شرطاً له أو مانعاً منه بعكس خطاب التكليف الذي هو خطاب الشارع المقتضي طلب الفعل أو تركه أو التخيير بينهما⁽³⁾ مما ترتب عليه عدم اشتراط تعدد الفعل والضرر أو تعدد الفعل وحده دون الضرر لإيجاب الضمان فلا نلتفت إلى قصد ونية المعتدي أو الباعث الذي دفعه إلى ارتكاب ذلك الفعل فيكفي وقوع حادثة مادية (من فعل أو ترك)⁽⁴⁾ تخالف مأذون الشرع بحيث لا يشترط في هذه الأفعال القصد إلى نتائجها لأن من المفترض أن يتوقع الشخص العاقل نتيجة أفعاله⁽⁵⁾ حسب القاعدة الفقهية أن الرضا بالشيء رضا بما يتولد عنه⁽⁶⁾ وبالتالي فإن قيام صغير غير مميز أو مجنون أو ناس أو نائم أو غافل بإتلاف مال غيرهم

(1) و الشرط هو ما يتوقف عليه الشيء ولكن دون أن يكون جزءاً من حقيقة الشيء و ماهيته بحيث يلزم من عدمه عدمه و لا يلزم من وجوده الوجود، كالشهود في الزواج فلا يلزم من حضورهما إكمال الزواج، ولكن يلزم من عدمه عدم صحته عند جمهور الفقهاء (لاحظ في تفاصيل ذلك، د. مصطفى الزلمي، المرجع السابق، ص 247 و ما بعدها).

(2) لاحظ: صالح أحمد محمد التليبي، مرجع سابق، ص 53 .

(3) لاحظ: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص 264، 266 .

(4) هناك من الفقهاء من يفرص فعلاً إيجابياً من المباشر على ناس أو سبب الضمان هو الإلتاف و الأخير لا يتحقق إلا بصور فعل إيجابي منه، و بعكسه إذا لم يكن الفعل إيجابياً كن القاعل مسبباً ليس غير، فيمكن أن يترتب على إمتناعه ضرر لكن ليس بوصفه مبشراً بل كمتسبب. (لاحظ: الشيخ على الحقيف، مرجع سابق، ص 40، و د. إبراهيم النسوقي لليل، المسؤولية المدنية بين التقيد و الإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 306، 307 .

(5) د. محمد أحمد السراج، مرجع سابق، ص 133.

(6) لاحظ : تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي ، الإشباه و الصنن ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود و الشيخ علي محمد عوض ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1422هـ ، 2001م ، ص 152.

يلزمهم الضمان من مالهم لأن (المقصود هو المال ولذاؤه يحتصل النيابة)⁽¹⁾ ولا خلاف بين الفقهاء على ضمان هؤلاء ولم يشترطوا لذلك سوى أن يكون المثلّف من أهل الضمان، بمعنى آخر يكفي توافر أهلية اللّوجوب للقول بضمان المثلّف، وبإستطاعة الولي تأدية ذلك اللّوجب لأن أداء مثل هذه اللّوجبت يحتاج إلى العقل والتمييز لأدائها⁽²⁾ فالفقه الإسلامي لا يشترط في الضرر اللّوجب اللّتعويض أن يكون ناشئاً عن إعتداء ومخالفة محظورة، بل يجب للضمان فيه مطلقاً سواء أكان ناشئاً عن إعتداء أم لا، هذا إذا حصل الضرر بطريق اللّمباشرة⁽³⁾ (فاللّمباشّر ضامن وإن لم يتعمد)⁽⁴⁾ لو إذا وقع بطريق التّسبب⁽¹⁾ فيشترط فيه التّعدي لضمان فاعله

(1) A history of English law, Holds worth vol. v III p.422

نقلا عن: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص136.

(2) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص(136-138) وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء اختلفوا حول مدى مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم القصر و يزي المبدأ في ذلك إلى بروز مبدأ المسؤولية للشخصية لديهم و تأييده من قبلهم و الذي بمقتضاه يكون الشخص مسؤولاً عن كل ما يصدر منه من قول أو فعل و حتى لا يُسأل شخص عن ضرر لا بد له في إحداثه، لذا قلم التشريع الإسلامي بإقرار هذا المبدأ لكي يتحمل كل شخص نتيجة و آثار أفعاله و أقواله، لكي يفكر قبل الإقدام على ذلك الفعل و يكون وسيلة ردع لحفزه من العقاب إذا تقرر عدم تحميل إمرئه تبعة شخص آخر و ذلك إستناداً إلى قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) سورة المدثر/ الآية (38) و قوله تعالى (و كل لسان لزمناه طائره في عنقه) الإسراء، الآية (13) (لاحظ في تفاصيل ذلك: الشّيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص57)، ألا أن إلتفاق الفقهاء المسلمين إصب على تقرير مسؤولية البالغ العقل، أما إذا وقع الفعل من صبي قاصر سواء أكان مميزاً أو غير مميز حلّو من في حكمهم كالجنون و المصنوّ- فقد اختلفوا في الشخص الذي تقع عليه تبعيته فهل يُسأل الأب المزم برقابة الصّغير أم يقع عبء هذه المسؤولية على الصّغير عملاً بمبدأ المسؤولية الشخصية أو تحمل التّبعة الفرديّة، للتّفصيل أكثر، لاحظ: د. جمال مهدي محمود الأكنة مسؤولية الآباء المدنيّة عن الأبناء القصر ، في فقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة للجديدة للنشر ، 2006 ، ص169 وما بعدها .

(3) المادة (887) من مجلة الأحكام العدلية، و الإلتاف باللّمباشرة يتحقّق حينما تصدر الأضرار من الشخص دون وساطة أيّ دون أن يتخلّل بين فعله و الضرر فعل آخر، و يقال لمن فعله فاعل مباشر كهدم النّور و الإحراق و الإغراق و القتل.

(4) المادة (92) من مجلة الأحكام العدلية .

وإلا فلا يلزم بالضمان، وعلى الرغم من ذلك فقد أخطأ لقاتمون على مجلة الأحكام العدلية خطأ جوهريا في فهم الأصول العلمية للضمان حين نصوا على اشتراط التعمد في المتسبب لإيجاب الضمان ويمكن إستخلاص ذلك من خلال نص المادة (93) من هذه المجلة التي نصت على أن (المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد)⁽²⁾ فلا بد للقول بضمان المتسبب من توافر التعدي -أي الخطأ- فلو قام شخص بحفر بئر في غير ملكه وبلا إذن المالك فوقع فيه إنسان ضمن، ولا ضمان إذا كان البئر في أرضه أو كان حفره بإذن المالك⁽³⁾.

(1) المادة (888) من مجلة الأحكام العدلية، و الإكتاف بالتسبب هو إحداء وضع يتربى على توافره حصول الضرر دون إستقلال بإحداء النتيجة و إما يشترك معه عوامل أخرى.

(2) المادة (93) من المجلة، لاحظ: سليم رستم الباز، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، ص60، و منير القاضي، مرجع سابق، ص(156-157)، (ويرى أحد الباحثين أن هذا الخطأ راجع إلى ما ورد في كتاب الأشباه و النظائر لابن نجيم التي وردت فيه القاعدة نفسها بلفظ (المبشر ضامن و إن لم يتمد و المتسبب لا إذا كان متعمدا)، و تعاقب شراح المجلة على ترديد هذا دون أن يأخذوا بنظر الإعتبار الأكثر المتناقضة التي سوف نتربى عليها بحث يخالف مفهوم الضمان بشكل عام) للتفصيل أكثر لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص(135-136) (و أول من نبه إلى الخطأ الموجود بهذه القاعدة هو البندادي في (مجمع الضمانات) الذي أورد القاعدة بالشكل التالي (المبشر ضامن و إن لم يتمد و المتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا) و من الباحثين من يرى إستدراك المجلة للخطأ الموجود في المادة (93) و ذلك في المادة (924) التي نصت على أن (يشترط التعدي ليكون التسبب موجبا للضمان) للتفصيل أكثر لاحظ: صالح اللهيبي، مرجع سابق، ص50.

(3) لاحظ: د. حسن علي الننون و د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العلمية للإقتل، الجزء الأول في مصادر الإقتل، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، 2002، ص(274-275)، و من الفقهاء من يرى بالنسبة لإنسان المتسبب عدم قيام مسؤوليته على مجرد التعدي المادي و إنما يستلزم بالإضافة إلى ذلك المد أو الخطأ أو الإهمال. (للتفصيل أكثر لاحظ: د. إبراهيم السوقي ليولليل، مرجع سابق، ص(159-165) و لاحظ: من ولفه من الباحثين د. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لأربطة السببية و إعتكساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص230.

والقاعدة في الفقه الإسلامي أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب معا في إحداث الضرر يضمن المباشر فقط، إعمالا للقاعدة الفقهية إذا اجتمع المباشر والمتسبب لضيف الحكم إلى المباشر⁽¹⁾، وتعني هذه القاعدة أنه إذا ترتب على فعل حدوث ضرر بآخر، وكان قد اشترك في إحداث الضرر سبب بعيد ومباشر مؤثر فالمسؤول عن الضمان هو المباشر والسبب في ذلك أن للمباشر علة الضرر في الواقع، أو هو المؤثر الأقوى في حدوثه، أما دور المتسبب فهو ضعيف ولم يستعمل وحده بالفعل إذا ما قيس بفعل المباشر⁽²⁾.

كما سبق قوله نستنتج أن قاعدة المتسبب هي نقطة الانطلاق في تحديد نور الذي يلعبه للقصد في الأفعال في الفقه الإسلامي، فقصد المباشر من عدمه لا يمثل أي دور في ضمانه أو إعفائه منه.

معييار التعدي:

يمكن إستخلاص معيار التعدي من خلال أقوال الفقهاء في ذلك، فقد ذكر بعض الفقهاء (كل ما ورد به الشرع مطلقا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف)⁽³⁾ ومتلوا له بالحرز في السرقة والتفرق في البيع والقبض والأحياء والاستيلاء في الغصب.

فمحتوى هذه القواعد تؤكد أن معيار كل شيء مرجعه هو الشرع فإذا لم يأت للشرع بمعيار محدد، في نفس الوقت الذي جاء العرف بهذا المعيار، فنلجأ إلى إعمال قواعد العرف وبذلك قد أحال الفقهاء بشأن المعيار الذي يقلس به التعدي إلى

(1) لاحظ: المادة (90) من مجلة الأحكام العنلية و المادة (258) من القانون المدني الأردني.

(2) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، 2003، ص189.

(3) لاحظ : الامام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه و النظائر، في قواعد وفروع فقه الشافعية ، مرجع سابق ، ص222.

عرف الناس فيما يعدون مجاوزة أو تعدياً في مألوفهم لما استقرت أمورهم عليه وما إعتادوه من معملات، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العرف عاماً أو خاصاً⁽¹⁾.

بناءً على ذلك فمن لا ينحرف عن السلوك المألوف شرعاً أو عرفاً لا يعد متعدياً، أما من إقترف سلوكاً لا يتفق مع المألوف وجاوزه، كان متعدياً ويلزمه الضمان⁽²⁾، إذن معيار التعدي هو في الغالب مادي موضوعي لا ذاتي يعتد فيها بالظروف الخارجية دون الظروف الداخلية، بعبارة أخرى ينظر إلى التعدي على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسؤولية المتمثلة في تعويض المتضرر⁽³⁾ والضابط فيها هو سلوك الرجل العادي الذي يمثل جمهور الناس، فهي تنظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص الوسطي وتقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي فإذا لم ينحرف هذا في سلوكه عن السلوك المألوف للرجل المعتاد عد غير متعد وإنفت علة الضمان وبخلافه فإن أي إنحراف أو خروج عن سلوك الرجل العادي يجعل منه متعدياً ويلزمه الضمان⁽⁴⁾.

ومن الفقهاء⁽⁵⁾ من يرى في هذا المعيار مرونة بحيث يصلح لكل الأحوال في جميع الظروف بالنظر لربطه بالظروف المعتادة العامة دون ربطه بالظروف الداخلية للشخص .

ومن الفقهاء⁽⁶⁾ من أبدى تحفظه عليه بحيث لم يأخذ بهذا المعيار كضابط للتعدي وبرر رأيه هذا بأن إتخاذ هذا المعيار كضابط ينتهي بنا إلى العمل بفكرة الخطأ بما تطوي عليه من نزعات شخصية وبذلك يقضي على النزعة الموضوعية للتعدي في

(1) لاحظ: أسامة عبدالمعطي و فرج الشنيخ، مرجع سابق، ص 72-73.

(2) لاحظ: أسامة عبدالمعطي و فرج الشنيخ، المرجع السابق، ص 73.

(3) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 18.

(4) لاحظ: د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 19-20.

(5) لاحظ: جبار صابر طه، مرجع سابق، ص 184.

(6) لاحظ: د. إبراهيم نسوقي أبو اللؤلؤ، مرجع سابق، ص 168.

لفقه الإسلامي وإقترح معياراً آخر للتعدي وهو مجرد الاعتداء على حق للغير دون مبرر شرعي.

وهناك من لا يفتق مع هذا الرأي لأن النزعة الموضوعية الموجودة في فكرة التعدي في الفقه الإسلامي لا تزال قائمة، صحيح أن ما دفع صاحب الرأي السابق إلى قول ذلك هو محاولته الإبقاء على التعدي في مجال التعريف الإصطلاحي للفقهاء وهو مجاوزة الحد المأذون فيه، لكن فكرة التعدي تطورت كما رأينا فشملت نطاقه بالإضافة إلى الخروج عن حدود الحق، عدم التبصر، والإهمال والتقص في استعمال الحق، ففرضت على الشخص التبصر والاحتياط بعدم المساس بحقوق الغير، والإبتعاد عن قصد الإضرار مما يستلزم بالضرورة البحث عن تمييز المسؤول وحرصه وتبصره وهي عوامل ذاتية، تقتضي تقديراً ذاتياً، بعد أن كان تقديره موضوعياً يقاس بمجرد الخروج عن حدود الحق، وهذا هو أساس المسؤولية في القوانين، على أن هذا الإقتران لا يجعل من الفقه الإسلامي يفقد نزعته الموضوعية فلم يخرج عن هذه النزعة الأصلية بل أراد منه التلطيف من هذه النزعة فلم يعد يقتصر في تقديره للتعدي على الخروج عن حدود الحق بل وأصبح يعتبر التعدي متحققاً في الحالات التي يخرج فيها المسؤول عن مملك الرجل المعتاد ولو لم يخرج عن حدود حقه وهذا الضابط الأخير هو بدوره ضابط مادي تعد به القوانين الحديثة⁽¹⁾.

(1) لاحظ: د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص 19.

المطلب الثاني

مفهوم التعمد

العمد لغة: (عَمَدَ) للشيء أي قَصَدَ له أي (تَعَمَّدَ) وهو ضد الخطأ⁽¹⁾ فالعمد هو القصد (إن العمد هو القصد، ولا يتوقف عليه إلا بدليله فأقيم الدليل مقام المدلول، لأن الدلائل تقوم مقام مدلولاتها في المعارف الظنية الشرعية)⁽²⁾.

فقد عرف بأنه الفعل الذي يقصد الإتيان به ويقصد النتيجة التي ترتبت عليه قصداً صحيحاً⁽³⁾، فالتمدد لا يختلف مفهومه لدى الفقه الإسلامي عن مفهومه الحالي لدى فقه القانونيين وهو إتيان الفعل عن قصد وإرادة بمعنى أن إرادة الشخص يتجه نحو الفعل ونتائجه، فالتمدد أو القصد في مجال الضمان يتمثل في إتيان الفعل بقصد الإضرار بالغير⁽⁴⁾.

فلا بد من توافر الإرادة في الشخص أولاً ومن ثم إتجاه تلك الإرادة إلى إحداث الفعل وإرادة النتيجة أيضاً، فعدم وجود الإرادة يعني عدم إمكان تصور العمد، لذا جاء الفقه الإسلامي بقاعده المعروفة (لا عمد للصبيان والمجانين)⁽⁵⁾ فهؤلاء لا قصد لهم أصلاً، أما بالنسبة للصبي المميز فله قصد لكنه غير صحيح، والسبب في ذلك أنه ليس باستطاعته توقع نتائج أفعاله ولعدم إدراكه خطورة ما يترتب عليه،

(1) لاحظ: الإمام الرزوي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 401، مادة (عمد).

(2) لاحظ: الشيخ محمد أمين الشهير بآمين عابدين، در المختار على در المختار شرح تنوير الأبصار، ج 5، ط 3، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1326 هـ ص 350.

(3) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص 203-204.

(4) لاحظ: د. إبراهيم النعومي أبو الليل، مرجع سابق، ص 161 وقد جاء في المادة (923) من مجلة الأحكام العدلية (لو جفئت دابة واحد من الآخر و قرت فضاعت لا يلزم للضمان، أما إذا أجهلها قصداً فإنه يضمن).

(5) لاحظ: أبو محمد الشوكلي، نيل الأوطار شرح منقى الأخبار، ج 7، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1973، ص 236.

وكذلك المكروه بفعل ملجئ، لا قصد له، لأنه مطلوب الاختيار، أما المكران فهو متعمد لإختياره شرب المسكر⁽¹⁾.

و العمد يقابله الخطأ وهو الذي لا يقصد الإنسان الإتيان به وليس وجود خطأ في إتيان الفعل، أو يقصد الإتيان به لكن لا يقصد النتيجة التي ترتبت على الفعل ويسمى بالخطأ في القصد، مثال الحالة الأولى كمن يسير في طريق فينزلق رجله ويقع على شيء مملوك لغيره ويتلفه، أو كصدور الفعل للضار من الصبي والمجنون، ومثال للحالة الثانية كمن صوب سهمه نحو حمام ليصيده فطاش سهمه وأصاب شاة لغيره⁽²⁾.

و من خلال إستعراض معنى التعمد يمكن أن نصل إلى نتيجة مفادها أن التمييز بين العمد والإهمال أمر لا تقره الشريعة الإسلامية في المسؤولية المدنية، ففسى ضمان الأموال العمد والخطأ سواء فتتحقق بالقصد وعدم القصد بعكس المسؤولية الجنائية التي لا تقوم إلا بتحقيق القصد لدى الفاعل وبالتالي قامت الشريعة الإسلامية فيها بالتمييز بين العمد والإهمال⁽³⁾ ثم أن الشريعة الإسلامية شرعت الضمان لرفع الضرر وجبر ما فات ولا يتحقق هذا الجبر إلا بإحلال مال بدل للمال التالف لإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر بغض النظر عن حال من وقع منه الضرر⁽⁴⁾ وذلك لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁵⁾.

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص 204.

(2) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص 204.

(3) لاحظ: د. إبراهيم النورقي أبوالليل، مرجع سابق، ص 160 و د. محمد يوسف الزعبي، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الأردني، بحث منشور في مجلة مؤنة للبحوث والدراسات تصدر عن جامعة مؤتة، المجلد الثاني، العدد الأول، 1987، ص 196.

(4) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص (205-206)، و الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص 68-69.

(5) لاحظ: أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني الشهير بأبن ماجه، منن ابن ماجه، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، بدون سنة نشر، الحديث رقم 2340، ص. 400 وللتنصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ: د. أسامة عبدالمعظم الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطق-

و في نهاية هذا المطلب نرى أن التمييز بين التعمد والتعدي أمر محتّم علينا لأن هناك إختلاف بين كلا المفهومين مما يؤدي بالضرورة إلى الإختلاف في الحكم بينهما مما يقتضي وضع كل مصطلح في إطاره الصحيح، وقد تولى شراح القانون الجنائي رسم الحدود الفاصلة بينهما فالتعمد في القانون الجنائي معنى يختلف عن التعدي في ذات القانون إذ عرفوا التعمد بإرادة الفعل والنتيجة المترتبة عليه مع العلم بهما، أما التعدي وهو إرادة الفعل دون النتيجة⁽¹⁾، هذا وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي وإن أورد المصطلحين إلا أنه لم يميز في الحكم بينهما وذلك عند مخالفته القاعدة الفقهية (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)⁽²⁾، وذلك في نص المادة (186) مدني والتي بمقتضاها أضاف الحكم إلى المباشر أو المتسبب أيهما كان متعمدا أو متعديا دون التمييز بينهما.

=المعاملات المالية و الأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص53 و ما بعدها.

(1) لاحظ: د. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي (دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص207 و ما بعدها، و لاحظ: من الفقهاء من اقترح هذا الرأي و طالب بتتبع خطى شراح القانون الجنائي في هذه المسألة استنادا د. محمد سليمان الأحمد، دور الضمان في كسب الملكية تبعا، بحث منشور في مجلة الشريعة و القانون، تصدر عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 13، 1420هـ، 2000م، ص341-342.

(2) لاحظ في شرح هذه القاعدة: منير القاضي، مرجع سابق، ص153، و قد أخذ به المشرع الأردني في المادة (258) مدني، و لاحظ من أثنى على موقف المشرع العراقي بخصوص المادة (186) مدني: د. محمد يوسف الزغيبي، مرجع سابق، ص177.

المبحث الثاني تحديد نطاق التعدي والتعهد بتمييزهما عما يشتهيه بهما

قد يشتهيه كل من التعدي والتعهد مع مختلف درجات الخطأ ومع الغش في نطاق المعاملات مما يستلزم بالضرورة وضع الحدود الفاصلة فيما بينها ووضع كل مصطلح في إطاره الصحيح وذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول تمييز التعهد والتعدي عن مختلف درجات الخطأ

لقد قمنا في المطلب السابق بتبيان معنى كل من التعدي والتعهد وأضفنا أن الحدود الفاصلة بين المصطلحين نجده لدى شراح القانون الجنائي، لقد اختلف الفقه حول تحديد مدلول الخطأ في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية، والسبب في ذلك راجع إلى الدور الكبير الذي تؤديه الإرادة ابتداءً من مرحلة تكوين العقد إلى تنفيذه ونهاية الالتزام وهو إحدى أهم الأركان الثلاثة في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية مما أدى إلى ظهور خلاف شديد بشأن تحديده ووضع معيار معين له⁽¹⁾.

و لو رجعنا إلى نصوص المواد التي استخدمت مصطلح الخطأ بشكل صريح في القوانين المختلفة⁽²⁾ لم تبين مدلوله ولم تعرفه مما حدا ببعض الفقهاء إلى القول بأن ذلك قد زك من هذا الأمر صعوبة وعسرا⁽³⁾.

(1) لاحظ: د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص 129.

(2) كالمادة (163) مدني مصري، و المادة (1382) مدني فرنسي، أما القانون المدني العراقي فلم يرد فيه صراحة مصطلح (خطأ) بل أستخدم بدلا منه كلمة (التعدي) و جعل منه قاعدة عامة و ذلك في المادة (204) منه و التي تنص على أن: ((كل تعد يصيب الغير بأي ضرر يستوجب التعويض))، أما القانون المدني الأردني فجعل لمسؤولية التقصير الضار وذلك في المادة (256) منه لاحظ بشأنها : -

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي لأنه ليس من شأن المشرع أن يقوم بالتعاريف، وإنما هي من مهمة رجال الفقه والقضاء، فترك الأمر إلى الشراح والفقهاء عملاً بالسياسة التشريعية السليمة التي تأبى على المشرع أن يزج نفسه في تعريفات يختلف أمرها باختلاف النزعات السياسية والعوامل الاقتصادية والاجتماعية وكلها في تغير مستمر⁽²⁾.

ونحن نضيف إلى ذلك أن المشرع قد يضع تعريفا بحيث يضيق من نطاق المصطلح ولا يؤدي الغرض الذي سعى المشرع إلى تحقيقه فتؤدي إلى حصر حالات قصد بها المشرع عموميتها وعدم حصرها أو قد تؤدي إلى نتيجة عكسية وبالتالي توسيع نطاقه وتعارضه مع هدف المشرع الذي قد يروم حصر النص بحالات معينة دون أن تتعداه إلى سواها من الحالات، وربما يعود السبب أيضا إلى ما يحمله الخطأ من فكرة أخلاقية لذا كان من العيب أن نعرف الخطأ مستقلا عن الفكرة الأخلاقية التي تعبر أساسا له⁽³⁾.

= د. عبدالقادر القفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2004 ، ص 203، أما المشرع المدني المصري فقد ذكر عبارة الخطأ صراحة وذلك في المادة (163) من القانون المدني المصري حيث اعتد بالخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.

(1) لاحظ: د. حسين عامر عبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص 135

(2) لاحظ: د. حسن علي الننون ، مرجع سابق ، ص 63.

(3) لاحظ: د. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للإلتزام- أحكام الإلتزام، الجزء الثالث، مطبعة الفجالة، 1954، ص 119، و من تعريفات الفقهاء تعريف الفقيه الفرنسي (بالاتيول) أنه الإخلال بالإلتزام سابق و قد قام بحصر الإلتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ إلى ثلاثة أقسام: 1- الإمتناع عن العنف 2- الكف عن الفش 3- الإحجام عن عمل لم تنهأ له الأسباب من القوة و المهارة و الوقطة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء مما حدى بعض الفقهاء إلى نقده و عدم إعتباره تعريفا و رأوا فيه تقسيما لأنواع الخطأ أكثر منه تعريفا (للتفاصيل أكثر لاحظ: د. عبدالرزاق السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، طبعة منقحة، منشأة المعارف، لسكندرية، 2004، ص 329، هامش رقم (1) و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، مرجع سابق، ص (140-141)، و يعرفه عمانيول ليفي بأنه الإخلال بالثقة المشروعة، فهو يرمي إلى تعريف الخطأ من خلال التوفيق ما بين أمرين:

والرأي الراجح فيها وقضاء هو أن الخطأ بشكل عام يعرف في نطاق المسؤولية العقدية بأنه الإخلال بالترام عقدي قد يكون إنتراماً بتحقيق غاية أو إنتراماً ببذل عناية وهو أن يتخذ للشخص في سلوكه لليقظة والتبصر لتجنب الإضرار بالغير، وأن الخطأ في المسؤولية للتقصيرية هو الإخلال بالترام قاتوني بعدم الإضرار بالغير والإنترام الذي يؤدي الإخلال به إلى تقرير المسؤولية للتقصيرية هو إنترام ببذل عناية، فالقانون يفرض على الكافة ولجبا قانونياً⁽¹⁾ بعد الإضرار بالآخرين مما يتعين على كل شخص أن يكون يقظاً ومتبصراً في سلوكه فإذا انحرف عن هذا السلوك مع إدراكه لذلك كان هذا خطأً يستوجب مسؤوليته التقصيرية⁽²⁾.

وجاء هذا التعريف بفضل الجهود المبذولة من قبل بعض الفقه⁽³⁾ بعد أن قاموا بدراسة الاتجاهات المختلفة التي قيلت بصدد تعريف الخطأ وقاما بتحليلها وإنتقادها وتوصلوا إلى نتيجة مؤداها أن الخطأ فكرة مرنة صعبة التحديد وعزوا ذلك إلى إستحالة وضع قائمة جامعة مانعة للواجبات التي يتكون الخطأ بمخالفتها وإستحالة

= مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص مما يؤدي به إلى التعامل معهم على هذا الأسر. فمن حقهم عليه أن يتمتع عن الأصال التي تضر بهم.

ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير فيقع ما بين الأقدام والأحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يسير ثقته بنفسه ولا يتعرض مع ثقة الناس به، و لم يسلم هذا التعريف من النقد أيضاً لعدم إحتوائه على معيار بحيث يمكن إتخاذ كضبط بين الطريق الوسط الذي يمنع الشخص من الخطأ إذا هو سلكه. (للتفصيل أكثر لاحظ: د. عبد الرزق السنهوري، المرجع السابق، ص 329، هامش رقم (1) و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر، لمرجع السابق، ص (141-142)

(1) لاحظ: في موضوع الواجبات القانونية، د. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للإنترام وثق تفتون الكويتي- دراسة مقارنة، مصادر الإنترام، الجزء الأول، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 41 وما بعدها.

(2) لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الإنترام، مرجع سبق. ص 489 و د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 329-330.

(3) الأخوان مازو وتك نقلا عن: د. إبراهيم النعومي أبو الليل، مرجع سابق، ص 54-57.

تقرير مبدأ عام بعدم الإضرار بالغير دون فرض العديد من الاستثناءات التي قد تقتضي عليه بإعتباره مبدأ عاماً، وأنتجت محاولات هذا الجانب من الفقه وضع معيار عام للخطأ يتمثل في إحصاف الشخص عن السلوك المعتاد وهو السلوك الذي يسلكه شخص يمثل جمهور الناس وهو الرجل المعتاد أو رب الأسرة الحريص كما جاء في القانون الروماني.

والمقصود بالشخص المعتاد شخص مجرد ظني أو خيالي، يفترض وجوده في نفس الظروف الخارجية التي يتواجد فيها من أحدث الضرر لتقدير المسلك المتوقع منه والذي يتعين أن يسلكه المدعى عليه فهو نموذج افتراضي لا وجود له فعند لفقه مواصفاته بأنه من أوسط الناس، يقط وحريص لكن ذلك لا يعني أن يكون شديد اليقظة والحرص فهو ليس بالشخص الشديد اليقظة وليس بالشخص المهمل المتكامل، إنما يتخذ موقفاً وسطاً بين هذا وذلك، فنضع الشخص المعتاد في الظروف التي يتواجد فيها المدعى عليه فإذا لم يسلك نفس المسلك فإن الخطأ يتوافر⁽¹⁾.

وقد ذهب أحد الفقهاء⁽²⁾ عند تقديره نتائج هذا التعريف إلى القول بأنه نظراً لما إمتاز به التقدير الموضوعي من موضوعية وإضباط فقد عمل به معظم الفقه في فرنسا وفي مصر كما إحتاز إليه القضاء.

ولكن من جانب آخر لم يسلم من النقد فقد قال أحد الفقهاء⁽³⁾ عند تقييمه لتعريف الخطأ حسب هذا الإتجاه إلى أنه تعريف عام غامض تنقصه الدقة والتحديد ولكن أتى عليه من جهة أنه ينطوي على العناصر التي ينبغي أن تتخذ من (الإحصاف في السلوك) معياراً للخطأ ونقطة إنطلاق نحو تعريفه تعريفاً سليماً محدداً.

(1) لاحظ: د. إبراهيم الموسوي أبو الليل، المرجع السابق، ص(66-68) و د. صام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للإضرار، مصلر الإضرار، الجزء الأول، المجلد الثاني (المصادر غير الإرادية، 1997/1998)، ص95.

(2) نقلاً عن: د. إبراهيم الموسوي أبو الليل، مرجع سابق، ص65.

(3) لاحظ: د. حسن علي الننون، المبسوط (الخطأ)، مرجع سابق، ص90.

ويقول بعض الفقه⁽¹⁾ أنه لكي يمكن القول أن محدث الضرر لم يتصرف على النحو الذي كان ينبغي عليه أن يتصرف وفقاً له ويمقتضاه لا بد في هذا الصدد أن نفرق بين الخطأ العمد من جهة والخطأ غير العمد من جهة أخرى ومهما كانت المهمة صعبة وتكتنفها صعوبات بالنسبة للنوع الثاني فإن الأمر يسير بالنسبة للنوع الأول منه، فإقامة التفرقة بين كل من الخطأ العمد وغير العمد يمكن إتخاذها أساساً صالحاً لتلمس التعريف الصحيح لهذا الخطأ أو ذلك.

ونستخلص من كل ذلك أن انصار هذه النظرية لا يمكن أن يعرفوا الخطأ مطلقاً دون أي وصف أو تحديد، فلا تنهض مسؤولية الفاعل كلما إقترب خطأ، بل يجب تحديد ما إذا كان قد إقترب خطأ عمداً أم أنه لم يقترب غير إهمال أو تقصير غير متعمد، فقيام المسؤولية لا جدال فيه كلما إقترب للفاعل خطأ عمداً بصرف النظر عن تجريم الفعل من المشرع العقابي بنصوص عقابية أم لا، فهناك فروق قانونية وعملية لا سبيل إلى إنكارها بين كلا النوعين مما يجعلنا أن نسلك الطريق نفسه وهذا ما سنحاول بيانه في هذه الفقرات الآتية أدناه والتي نستعرض فيها مختلف درجات الخطأ، فهناك آراء متناقضة لدى رجال القانون في مدى إمكانية الأخذ بنظرية تدرج الخطأ من عدمها وعادة ما يدرس تدرج الخطأ في إطار المسؤولية العقدية بسبب الإقرار التشريعي له ولآثاره القانونية، مما ينصرف بأذهاننا للوهلة الأولى أنها خاصة بالمسؤولية العقدية دون سواها لكنه يصلح أيضاً لتطبيقه في مجال المسؤولية التقصيرية وذلك على حد تعبير أحد الفقهاء⁽²⁾ وأضاف أن المعايير

(1) الاستاذان مزو وتك نقلا عن: د. حسن علي الننون، المرجع السابق، ص 89-90.

(2) لاحظ: د. محمد إبراهيم سوقي، تعويض الوفاة والإصابة الناجمة عن حوادث السيارات، 2006، ص 25، (أن نظرية تدرج الخطأ رومانية المنشأ، لأن ترتيب مصادر الإلتزام حسب النظرية التقليدية كانت تفرق بين الجريمة المدنية وشبه الجريمة المدنية، وبقالي بين الخطأ العمد و خطأ الإهمال، وانتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي القديم بفضل جهود الفقيه (بوتيه) و ذلك ضمن نظرية تدرج الخطأ) للتفصيل لاحظ: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح لقانون المدني، الإلتزامات، الجزء الثاني، المجلد الثاني، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، 1988، ص 255 ود. حسين عامر-

الفاصلة بين هذه الأنواع الثلاثة من الخطأ (العمد) (الغش) (الجسيم واليسير) هي معايير أخلاقية تتم عن الذنب والإستهانة بحقوق الآخرين.

وعلى العكس من ذلك يرى أنصار وحدة الخطأ أن نظرية تدرج الخطأ أضحت ضالة وبالية ولا محل للإبقاء عليها وإذا ما أريد تحديد الخطأ فيجب عندئذ الإستناد إلى معيار واحد وهو معيار الرجل المعتاد، ففي نطاق العقد لا يهم البحث عن درجة الخطأ وإنما الذي يهم هو معرفة درجة الإلتزام المدين لتنفيذ الإلتزامات الملقاة على عاتقه، كما أنه يمكن الإكتفاء بوقوع أي قدر من الخطأ ولو كان تافهاً لنهوض المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

غير أن النظرية عادت إلى الظهور في بعض التشريعات الحديثة وما زال لها بعض النتائج العملية التي لا يمكن الإستهانة بها⁽²⁾.

سعيد الرحيم علمر، مرجع سابق، ص 147، (و يرى العلامة السنهوري أن نظرية تدرج الخطأ ليست رومانية المنشأ ولا ينسب إليه، بل هي من خلق للقانون الفرنسي القديم وذلك على يد الفقيه (دوما) الذي رسم خطوطها الرئيسية و نراه واضحة المعالم و مبسطة بوضوح عند بوتييه)، لاحظ: د. السنهوري، الوسيط في شرح لقانون لمعني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه علم، الجزء الأول، القاهرة، 1952، ص 662

(1) لاحظ: د. نوري حمد خضر، خطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية و القضائية، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد التاسع، العدد الثالث، آب 2003، و متاح على الموقع الإلكتروني لتالي:

<http://www.arablawinfo.com/Research-search.asp?Validate=articles & ArticleID=286> last visit ed (7/12/2007)

ويرجى التنويه إلى أن الإشارة إلى الموقع الإلكتروني جاء لأن البحث مأخوذ منه و أن تنزيل صفحات البحث على هذا الموقع قد لا يتوافق مع ترقيمه في المجلة لذا نشير إلى أرقام الصفحات حسب ما هو مطابق لأرقام صفحات الموقع تماماً.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقور، مرجع سابق، ص 255

وتجدر الإشارة إلى أن وضع تدرج لأنواع الخطأ يكتفه العديد من الصعوبات ويرجع السبب في ذلك إلى أن أساس هذا التدرج لا يوجد على صعيد قانون واحد، فلا يوجد نصوص متكاملة تجمع هذا التدرج أو تكشف عنه، بل يوجد في نصوص متأثرة سواء في القانون المدني أو في غيره من القوانين، كما أن هذا التدرج ولادة الأحكام القضائية أو التطبيقات العملية⁽¹⁾.

ألا أن المشرع قد أعاد إحياء فكرة (الذنب المدني) واعتد باللوم الأخلاقي، وذلك بتخليه عن الفكرة التقليدية التي تقضي بأن الخطأ على درجة واحدة بالنسبة لآثار القانونية وعمل مجدداً بنظرية تدرج الأخطاء وتتوع الآثار المترتبة عليها، فالمسؤولية تتمثل في الغش، الخطأ العمد والخطأ الجسيم (والخطأ غير المغتفر)⁽²⁾.

ويعرف الخطأ في اللغة بأنه ما ليس للإنسان فيه قصد، أي ارتكاب الفعل دون قصد⁽³⁾.

و يتحلل الخطأ إلى ركنين: أولهما العنصر المادي أو الموضوعي وهو الإخلال أو التعدي وثانيهما الركن المعنوي أو الشخصي وهو الإدراك أو التمييز⁽⁴⁾.

(1) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر (سوء السلوك الفاضل والمقصود)، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1416هـ-1995م، ص 62

(2) لاحظ: د. محمد إبراهيم نسوي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، بدون سنة طبع. ص 185-186.

(3) لاحظ: السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني، مرجع سابق، ص 82.

(4) لاحظ: د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقى البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، وزارة للتعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980، ص 215

وينقسم درجات الاخطاء على النحو التالي :

أولاً: الخطأ العمد : عرف الخطأ العمد بأنه الإخلال بواجب قانوني مقترن يقصد الإضرار بالغير⁽¹⁾، أو هو إتصاف النية إلى الإضرار بالغير⁽²⁾ فإذا ما إنصرفت إرادة الإنسان إلى الإضرار بالآخرين يكون قد إقترب خطأ عمداً إذا ما وقع هذا الضرر بالفعل، فهو إنحراف واضح وصارخ عن السلوك السوي أو كما عبر عنه بعض الفقه⁽³⁾ أنه (للزوم والخبث) المنبعث أما من الرغبة في إلحاق الأذى والضرر بالآخرين أو من الإستهتار بمصالحهم والإستخفاف بهم مما لا يدع مجالاً للشك في تقرير مسؤولية الفاعل أو بالأحرى مسؤوليته المدنية وذلك بإجماع القوانين والفقه والقضاء.

والعمد معناه إرادة إحداث أو إرتكاب الفعل الضار وإرادة إحداث النتائج الضارة المترتبة عليه، بعبارة أخرى لا يمكن أن نكتفي بقيام الفاعل بتوجيه إرادته الحرة نحو إرتكاب الفعل سواء أكان إيجابياً أم سلبياً بل يجب عليه فضلاً عن ذلك تحقيق النتيجة المترتبة عليه، وعنصر القصد يظهر بوضوح في النتيجة التي إتجهت الإرادة إلى إحداثها⁽⁴⁾ وبذلك يخرج الأشخاص المحرومون من العقل والتمييز عن دائرة الخطأ العمد لأن هؤلاء الأشخاص سواء كانوا أطفالاً أو مجانين قد فقدوا عقولهم بسبب أو لآخر لا يمكن إنتساب إرتكاب خطأ عمدي إليهم فليس بمقدورهم صرف إرادتهم إلى الإضرار بالغير لأن نية الإضرار تستلزم بالضرورة توافر عقل وتبدير أعمال فكر وهي أمور لا يملكها هؤلاء الأشخاص⁽⁵⁾.

(1) لاحظ: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 260

(2) لاحظ: د. حسن علي الننون، المبسوط (الخطأ)، مرجع سابق، ص 94

(3) الفقيه الفرنسي بوتييه نقلاً عن: د. حسن علي الننون، للمرجع السابق، ص 94

(4) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص (63-64)

(5) لاحظ: د. حسن علي الننون، مرجع سابق، ص 94 و د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 64،

هامش رقم (1)، و حسين علمر و عبدالرحيم علمر، مرجع سابق، ص 143

غير أن بعض الفقه في ألمانيا وفي إنكلترا يكفي لإعتبار الخطأ عمدا بإتجاه الإرادة إلى الفعل المادي دون أن يترتب على فعله ضرر متى ما كان الفاعل قد توقع وقت ارتكاب الفعل للضرر الناتج المترتبة عليه وسموا نظريتهم هذا بنظرية التصور⁽¹⁾.

فهذه النظرية تتوسع في نطاق الخطأ العمد لكي يشمل بالإضافة إلى إرادة الفعل والنتيجة، الإكتفاء بإعتقاد الفاعل إمكان توقع تلك النتائج الضارة التي ترتبت على فعله، فيكفي لتوافر نية الإضرار وبالتالي توافر الخطأ العمد أن يساور الفاعل خطأ أو شك مهما كانت درجة هذا الشك من القوة أو الضعف في أنه سوف يترتب على فعله تلك النتائج الضارة التي وقعت بالفعل، وقد أرادوا من هذه الفكرة تقليد فقهاء القانون الجنائي في هذا الصدد ونقل الفكرة إلى نطاق القانون المدني⁽²⁾ ورغم الإنتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية ألا أن القانون المدني الفرنسي قد أخذ بها بصورة غير مباشرة وذلك من خلال تشبيه الخطأ للجسيم بالخطأ العمد في بعض النصوص وذلك تأثراً بالقانون الروماني الذي ينزل الخطأ الجسيم منزلة الخطأ العمد وذلك نظراً إلى درجة جسامته ويلاحظ في هذا الصدد أن بعض الفقهاء عندما يطلقون مصطلح (الخطأ العمد) إنما يقصدون به الغش أيضاً⁽³⁾ وأضاف آخرون أن

(1) لاحظ: د. حسن علي الننون، مرجع سابق، ص(95-98) وقد تزعم هذه النظرية في ألمانيا الفقيه الألماني (فون ليست) و تزعمها في إنكلترا الفقيه الإنكليزي (لوسن) وقد أرادوا من هذه الفكرة تقليد فقهاء القانون الجنائي في هذا الصدد فقد عرف فقهاء القانون الجنائي نوعين من القصد (القصد المباشر) و يريدون به الحالة التي يقوم فيها الجاني على الفعل المكون للجريمة راجعاً في نتيجة فعله هذا أو على الأقل قابلاً لهذه النتيجة، و يريدون بالقصد غير المباشر (أو القصد الإحتمالي) الحالة التي يقوم فيها الفاعل بارتكاب الفعل و التي يستوي فيها لديه أن تتحقق نتيجته أو لا تتحقق. (للتفصيل أكثر لاحظ: د. حسن علي الننون، المرجع السابق، ص(182-283))

(2) لاحظ: د. حسن علي الننون، المرجع السابق، ص(95-96، 182)

(3) لاحظ: د. محمد إبراهيم نسوقي، مرجع سابق، ص26 و د. حسن علي الننون، مرجع سابق، ص98

التشريعات عندما تستخدم مصطلح الغش إنما تعني به الخطأ العمد بوجه عام⁽¹⁾ مع أن القوانين لم تتطرق لمصطلح الخطأ العمد بل استخدم مصطلح الغش مع الخطأ الجسيم⁽²⁾.

أما نحن فنذهب إلى أنه توجد بين الخطأ العمد والغش فوارق لا يمكن إنكارها ، فقد يتساوي الغش مع الخطأ العمد فيكونان في مرتبة واحدة وقد يكون الغش أعلى مرتبة من الخطأ العمد .

إن الخطأ العمد يتكون من عنصرين، العنصر الأول هو إنصراف النية إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع سواء أكانت هذه الأفعال أو الترك جاءت نتيجة عمل عرضي أو استمرار لعادة أو لصفات ذاتية أو لعدم الإهمال أو عدم الحيلة وبذلك فإن الفعل الذي يصدر عن غفلة من الإرادة كالسهو لا يحقق العنصر الأول.

أما العنصر الثاني للخطأ العمد فهو إنصراف الإرادة إلى الإضرار بالغير، أي إتجاه النية إلى نتائج الفعل أو الترك غير المشروع، فإذا لم يقصد الفاعل تحقيق تلك النتيجة فإن تعدد الفعل وحده لا يكفي للقول بالخطأ العمد⁽³⁾.

أما بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي فمن خلال نصوص مواد متعددة نجد أنه أستخدم تعبير الخطأ العمد وذلك في الفقرة (2) من المادة (186) حيث تكلم عن حكم إجتماع المباشر والمتسبب وقضى في حالة إجتماعهما بأن يضمن (المتعمد) أو المتعدي منهما، والمادة (568) التي جاءت فيها أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه، يقع باطلا إذا كان البائع قد تعدد إخفاء العيب والمادة (614) التي قضت

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ص11، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.arablawinfo.com/Research_search.asp?validate=Articles&ArticleID=234

(2) لاحظ: المادة (259) من القانون المدني العراقي و الفقرة (2) من المادة (211) من القانون المدني المصري و الفقرة (2) من المادة (217) من القانون نفسه .

(3) لاحظ: د. محمد إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ص(26-27)

يعدم ضمان الواهب إستحقاق العين الموهوبة إلا إذا (تعمد) إخفاء سبب الإستحقاق ونصوص مواد أخرى أيضاً⁽¹⁾.

أما بخصوص المقياس الذي يعمل به لكي يقاس به الخطأ العمد فقد اختلف الشراح بشأنه ففريق يذهب إلى وجوب إعتداد كلا المقياسين الشخصي والموضوعي نظراً لأن الخطأ العمد يتكون من عنصرين عنصر مادي وهو الإخلال بواجب من فعل أو ترك وعنصر نفسي وهو قصد الإضرار بالغير، مما يقتضي قياس العنصر المادي بالمقياس الموضوعي لمعرفة مدى الإخلال الحاصل بالواجب القانوني، وقياس العنصر النفسي بالتوجه لذات الشخص فلا يكون تقديره إلا شخصياً⁽²⁾.

إلا أن هذا الرأي منتقد⁽³⁾ قرأى بعض الفقه في المعيار الشخصي عبثاً ثقلاً منه التوجه لذات الشخص لكي يقرر من خلاله أنه إقترب خطأً عمداً من عمه وإلزاماً هذا العبء الثقيل وتسهيل الأمر على القاضي نجعل من واقعة الخطأ الجسيم قرينة على سوء نية الفاعل من عدمه⁽⁴⁾ فصعوبة الكشف عن النية أدّى إلى الإستعانة بالأفعال وفي ضوئها يمكن تحديد توجه النية إلى الإضرار بالغير من عدمه وإستخلاص (سوء نية) الفاعل، أي للكشف عن قصد الإضرار بالغير لجأ أهل القانون إلى فكرة الخطأ الجسيم ليكون دليلاً عليها، وبالتالي يتخذ كدليل على الخطأ العمد⁽⁵⁾.

(1) المادة (687)، (85)، (987) و (1000) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ: د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص26 و ما بعدها، و قد أبده في هذا الرأي د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص69

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص104 و ما بعدها.

(4) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص98

(5) لاحظ: د. محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص50

والتبرير المنطقي لهذا التشبيه هو أن هذا الشخص الذي يرتكب من الإهمال والرعونة وعدم الاحتياط أشدهما درجة وقدرا فيؤدي سلوكه هذا إلى إلحاق الأذى والضرر بالآخرين يكون من العدل والمنطق أن (نفترض) فيه تعدد الإضرار بالآخرين فطبيعة الأمور تقضي بذلك ، ألا أن هذا الافتراض هو افتراض بسيط قابل لإثبات العكس وبالتالي باستطاعة الفاعل أن يقيم الدليل على أنه لم تكن لديه وقت ارتكاب الفعل نية الإضرار بالغير⁽¹⁾.

ثانيا: (الخطأ غير المغتفر):

يأتي هذا النوع من الخطأ على قمة الأخطاء العمدية فقد وصل الأمر إلى وصفه بالخطأ إستثنائي الجسامه، أما فيما يتعلق بموقعه من بين الأخطاء فهو أقل مرتبة من الخطأ العمدي ولتعدد من الخطأ الجسيم ولول وروده كان بالمادة (20) من قانون رقم (9) في أبريل سنة (1898)، ولكن دون أن يقوم المشرع بتحديد مدلوله أو معناه القانوني⁽²⁾ وأعقبه بعد ذلك محاولات عدة لتعريفه وتحديد عناصره⁽³⁾، وفي

(1) لاحظ: د. حسن علي الفنون، مرجع سابق، ص 98 و لاحظ خلاف هذا الرأي الذي يرى أن الخطأ العمد لا يفترض بل يجب إثباته لأن الأصل هو حسن النية و من يدعي بوقوع الخطأ العمد يقع عليه عبء الإثبات فلا يعد الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد لأن الخطأ الجسيم توقع للضرر و الخطأ العمد إرادة الضرر (د. محمد إبراهيم دموقي، مرجع سابق، ص 27).

(2) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 75 (و لا بد من الإشارة إلى أن الخطأ غير المغتفر مصطلح إستحدثه المشرع الفرنسي في قانون إصابات العمل الصادر في سنة (1989)، فجعل رب العمل مسؤولا بقوة القانون عن الحوادث التي تصيب العامل بضرر في أثناء العمل أو بمناسبةه، ثم إنتقلت الفكرة إلى قوانين أخرى مثل قانون إصابات العمل الفرنسي الصادر في 30 أكتوبر سنة (1946) و ذلك في الفقرة (1) من المادة (46) مع الفقرة (1) من المادة (56) و قوانين أخرى، لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص (20-23).

(3) حاولت محكمة النقض الفرنسية تعيين عناصر الخطأ غير المغتفر و ذلك في حكمها الذي أصدرتها في عام (1923) بثلاثة عناصر و هي: 1-الصفة الإرادية للفعل أو الترك 2- العلم بالخطر الذي يمكن أن ينتجه الفعل أو الترك 3- تخلف أي عذر يبرر الفعل أو الترك، ولكن في قرار لاحق لها صدر عام (1937) قامت المحكمة باستبعاد الصفة الإرادية للفعل و الإبقاء على العنصرين الآخرين، (نشر إليه د.

محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 35، ملش رقم (2) .

النهاية إستقرت محكمة النقض الفرنسية على تعريف (الخطأ غير المغتفر) في حكمها الشهير الذي صدر من دوائرها متجعة بتاريخ (15) تموز، عام (1941) بأنه (خطأ ذو جساماة إستثنائية ناجم عن فعل أو إمتناع إرادي مع براءك فاعله بخطره، وإندام كل سبب يسوغه ويتميز عن الخطأ العمدي بتخلف عنصر القصد فيه)⁽¹⁾.

و قد عبر عنه القضاء الكويتي بعبارة (سوء السلوك الفاحش والمقصود) والذي إتجه الفقه في تحديد المقصود بذلك المدلول إتجاهات متشابهة، فجميعها متفقة على ذلك الصنف من الخطأ الذي تكون درجة جسامته دون العمد إلا أنه في الوقت ذاته أكثر من مجرد خطأ جسيم⁽²⁾، أما بخصوص الخصائص التي تميز هذا النوع من الخطأ فهي خمسة وهي كالآتي:

الجساماة الإستثنائية للخطأ :

إن المقصود بالجساماة الإستثنائية ينسحب على الفعل المكون للخطأ وليس على نتائجه بعبارة أخرى ليس خاصا بما ينجم عن الفعل من ضرر فقد يكون الضرر الذي وقع ليس على قدر كبير من الأهمية على الرغم من أن الخطأ ذا جساماة إستثنائية وعلى العكس من ذلك، فقد تكون الإصابة جسيمة ومع ذلك يكون الخطأ مغفرا، بناء على ذلك لا يكفي فيه الإهمال البسيط حتى يمكن إعتباره خطأ غير مغتفر على حد تعبير محكمة النقض الفرنسية⁽³⁾.

(1) أنار إليه د. محمد السعيد رشدي، ص 37.

(2) محكمة الإستئناف العليا، الدائرة التجارية الأولى، (25) ديسمبر (1971)، قضية رقم (155)، 168،

(169) لسنة (1967)، أنار إليه د. محمد سعيد رشدي، مرجع سابق، ص 40، هامش رقم (2).

(3) لاحظ: د. نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 10.

ويمكن تحديد الصفة الإستثنائية لجسامة الخطأ عن طريق تمحيص الظروف المادية للحادث ووسطى لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة لكي يتمكن من استخلاص العناصر المكونة للخطأ غير المغتفر بطريقة موضوعية قولها مسلك الرجل المعتاد⁽¹⁾.

وإعتبرت محكمة النقض الفرنسية مخالفة رب العمل لشروط الرقابة اللازمة خطأً إستثنائياً جسيماً⁽²⁾.

الصفة الإرادية للفعل أو الترك :

يمكن القول أن هذا الشرط يمثل الحد الفاصل بين الخطأ الجسيم و(الخطأ غير المغتفر) ، فحتى يوصف الخطأ بأنه غير مغتفر يشترط أن يكون ناتجاً عن فعل أو إمتناع إرادي لذلك لا يعتد بالحركة الآلية أو الإندفاع الغريزي الذي لا يتدبره فاعله على خلاف الخطأ الجسيم الذي قد يقع نتيجة إهمال أو عدم إحتياط لم يتدبره فاعله، في حين يجب لتوافر (الخطأ غير المغتفر) أن يكون النشاط الذي يقوم به الفاعل من فعل أو ترك مقبولا لديه دون أن يقصد منه تحقيق الآثار الضارة وإلا كان خطأً صعباً⁽³⁾، فإبتقاء العنصر الإرادي من الفعل أو الترك ينتفي وصف غير المغتفر عن الخطأ⁽⁴⁾، ومع ذلك فإن إشتراكهما في ضرورة توافر الإرادة فسي إحدائهما لا يعني إشتراكهما في عنصر القصد أي نية الإضرار بالغير الذي يكون العنصر الآخر للخطأ العمد وحده دون الخطأ غير المغتفر وإلى جانب هذا الفارق يوجد

(1) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص45 و د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص(10-11).

(2) أنظر إلى ذلك : د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق . ص10.

(3) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص10.

(4) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، المرجع السابق، ص11 و د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص(45-46).

فارق آخر بين كلا الخطأين يتعلق بعبء الإثبات، ففي (الخطأ غير المغتفر) تعدد الصفة الإرادية عنصراً مفترضاً في العمل أو الترك وبناء على ذلك لا يقع على عاتق المضروب عبء إثباتها، بل على الفاعل أن يثبت أن الحادث يرجع إلى سبب لجنبى لا دخل لإرادته فيه ليستطيع دفع المسؤولية عن نفسه⁽¹⁾.

إدراك الخطر أو العلم به :

يتمثل هذا العنصر بعلم الفاعل بخطورة النتائج التي تترتب على فعله أو إمتناعه، فإذا تخلف عنصر العلم بالخطورة فلا محل لوصف الخطأ بأنه غير مغتفر، ولا يشترط أن يكون مرتكب الخطأ عالماً بنتائج الخطر على وجه اليقين لأن ذلك سيجعلنا أمام خطأ عمد، بل يكفي أن يكون مدركاً للخطر الذي يمكن أن يترتب على فعله أو إمتناعه، وجاءت هذه الخصيصة كوسيلة للتوسع من دائرة مسؤولية رب العمل الذي قد يتمسك بجهله غير المبرر للتخلص من المسؤولية، ويقاس هذا العلم بمعياري موضوعي لا ذاتي، مما يعني أن مجرد إدراك إمكان وقوعه لا يعد في نظر محكمة النقض الفرنسية خطأ غير مغتفر⁽²⁾.

إنتفاء كل سبب يبرره:

لكي يوصف فعل أو إمتناع بأنه (خطأ غير مغتفر) ينبغي أن ينطوي على تعدد على الأحكام القانونية، فإذا ثبت وجود عذر لدى الفاعل كحالة الضرورة أو الدفاع الشرعي أو تنفيذ أوامر من السلطة المختصة يبرر هذا الفعل أو الترك ينبغي (الخطأ غير المغتفر)⁽³⁾.

(1) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص(46-47)

(2) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص(50-51)

(3) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص(54-56) و د. حسين عامر و عبدالرحيم عامر،

مرجع سابق، ص149 و د. نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في ظل المسؤولية المدنية، مرجع

سابق، ص11

ونحن نرى أن هذه الخصيصة زائدة أو تحصيل حاصل لأن وجود حالات العذر ينتفي بها كل الأخطاء وليس الخطأ غير المغتفر فقط، فقد نصت التشريعات المدنية المختلفة على حالات لا تمثل تعدياً، وهي حالة الضرورة⁽¹⁾، والدفاع الشرعي⁽²⁾، وتنفيذ أمر صادر من رئيس تجب طاعته⁽³⁾.

إنتفاء القصد من إحداث الضرر:

يكن في هذا العنصر الفرق بين الخطأ غير المغتفر والخطأ العمد، ففي الخطأ غير المغتفر يجب ألا يقصد الفاعل إحداث الضرر بعكس الخطأ العمد الذي نتجه فيه إرادة الفاعل إلى إحداث الفعل وللضرر أيضاً، وفي هذا السياق يجب عدم الخلط بين الإرادة والنية، فإذا كانت الإرادة تعد عنصراً من عناصر الخطأ غير المغتفر، فالنية تعد عنصراً في الخطأ العمد، وللغة الفرنسية يفرق بين تعبير الإرادة وتعبير النية، فهما تعبيران غير متطابقين، بل ويفرق بين التصرف للقصدي أو العمدى وبين التصرف الإرادي، فعلى الرغم من وجود التصرف الإرادي في الخطأ غير المغتفر، ألا أنه لا يتوافر فيه قصد إحداث الضرر، وبالتالي فإن ذلك لا يمنع أن نعتبره خطأ غير مغتفر مع أنه كان نتيجة تصرف إرادي، بخلاف الأمر في الخطأ العمد الذي يكون فيه الفاعل عالماً بإبعاد نتائجه وتصرف لإرادته نحو تحقيق النتائج الضارة⁽⁴⁾.

(1) المادتين (213 و 214) من القانون المدني العراقي و المادة (168) مدني مصري.

(2) الفقرة الثانية من المادة (212) من القانون المدني العراقي و المادة (166) مدني مصري، و المادة (262) من القانون للمدني الأردني.

(3) المادة (215) من القانون المدني العراقي و المادة (167) مدني مصري.

(4) لاحظ: د. محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص(56-57)

هذا ويلاحظ أن فقهاء القتون منقسمون حول وجود هذا النوع من الخطأ في التشريعات العراقية لم لا فاقسمت الآراء بشأنه إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنه لم يعثر من خلال ما إطلع عليه من التشريعات العراقية المتاحة لديه على تعبير (الخطأ غير المغتفر) لذا يرى من الأنسب أن يلحق بالخطأ الجسيم وأن يعاملا معاملة واحدة⁽¹⁾.

الاتجاه الثاني: يرى أن عبارة سوء السلوك الفاحش والمقصود الواردة في نصوص بعض التشريعات العراقية الخاصة بالتأمين الإجتماعي للعمال بأنه خطأ جسيم، منها نص المادة (58) من قانون التقاعد والضمان الإجتماعي رقم (39) لسنة (1971) والذي جاء فيه أن العامل المصاب لا يستحق تعويضا ولا مكافأة إذا حدثت الإصابة بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من المصاب ويدخل ضمن هذا الحكم إذا ما حلت الإصابة بالعامل وهو تحت تأثير شديد للخمر أو المخدرات أو الإصابة التي نتجت نتيجة مخالفته وعدم تقييده بالأنظمة والتعليمات الخاصة بالوقاية المتعلقة على مقر العمل أو بسبب خطأ فادح منه أو الإعتداء على الغير، ولم يفسروا عبارة (سوء السلوك الفاحش والمقصود) بالخطأ غير المغتفر كما فعل القضاء الكويتي⁽²⁾، ويقول بعض الفقهاء⁽³⁾ بأن (سوء السلوك الفاحش لا يعدو أن يكون الخطأ الجسيم أو الإهمال الفاحش الذي غالبا ما ينتهي للعمد فيه عند ارتكابه وهو الذي لا يقوم على ارتكابه شخص متوسط الذكاء واليقظة .

(1) د. حسن علي الننون، مرجع سابق، ص175.

(2) نقلا عن د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص12.

(3) لاحظ: د. محمد نوري خاطر، المرجع السابق، ص12.

أما الاتجاه الثالث يرى أن (الخطأ غير المغتفر) من قبيل الخطأ العمدى ويستدل
بالبراهين الآتية:

نصت المادة (34) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة (1969) حيث
نصت هذه المادة على أنه (تكون الجريمة عمدية إذا توافر القصد الجرمي لدى
فاعلها وتعد الجريمة عمدية كذلك أ- إذا فرض القانون أو الإتفاق ولجبا على
شخص وإمتنع على أدائه قاصدا إحداث الجريمة التي نشأت مباشرة عن هذا
الإمتناع ب- إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قبلا المخاطرة في
حدوثه بعد خطأ عمديا)، وهذا يعرف لدى شراح القانون الجنائي بالقصد الإحتمالي،
كما لو أجر شخص مركب وهو عالم بأنه حمله أكثر من طاقته، فمن المحتمل جدا
غرقه وفعلا غرق المركب، فلا يقصد للجاني فيه حدوث النتيجة وإنما النتيجة
متوقعة ومحتملة، وقد يكون الجاني توقعها بالفعل ولو أنه لم يقصدها مباشرة غير
أنه لم يحفل بها⁽¹⁾، لذا علمه المشرع كمرتكب خطأ عمد لكي لا يفلت من العقاب.
أن كلا من القانون المدني الألماني والقانون الإنكليزي إعتبر توقع الخطر
وقبول المخاطرة به من قبيل الخطأ العمد في نطاق المسؤولية المدنية، وبالتالي
يضيف صاحب الرأي الأخير أن توافر الصفة الإرادية في الخطأ تضيف عليه صفة
العمد، فمجرد توقع للفاعل نتائج فعله وقبوله إياها يكون قد ارتكب خطأ عمدا، أي
أن الخطأ غير المغتفر ليس إلا هو من قبيل الخطأ العمد⁽²⁾.

إذن فإن توقع الخطر وتقبل المخاطرة به يعد من قبيل الخطأ العمد ولعل السبب
في ذلك يرجع إلى إختلاف الفقهاء في مفهوم الخطأ العمد فإذا أخذنا بالمفهوم الذي
يرى في الخطأ العمد، أنه الخطأ الذي يكون للضرر نتيجة له بالضرورة، فلا يكون
هناك تقارب بين قبول المخاطر والعمد وعلى العكس من ذلك إذا ما أخذنا بالمفهوم
الذي يرى بأن الخطأ العمد يتحقق إذا ما توقع الفاعل إمكانية حدوث الضرر من

(1) د. نوري خنفر - مرجع سابق، ص (13-14).

(2) د. نوري خنفر - المرجع السابق، ص 15.

الفعل دون إرادته أو تعدد وإحداثه سيؤدي إلى إطلاق صفة الخطأ للعمد على قبول المخاطر وذلك حسب نظرية التصور الذي وجد مناصرين لها في ألمانيا وإنكثرا⁽¹⁾.

بقي أن نقول أن مصطلح الخطأ غير المغتفر مصطلح غير دقيق لأنه يوحي بأن بقية الأخطاء الأخرى مغتفرة ، وهذا غير صحيح وهو أن كان يشبه إلى حد ما القصد الاحتمالي ، إلا أنه خطأ قائم على قصد ارتكاب الفعل وقصد تحقيق ما يمكن توقعه من نتائج لذا فهو ليس احتماليا بل يقوم على قصد غير مباشر ذلك لأثر القصد لا يمكن أن يكون احتماليا فهو عبارة عن توجيه العزم نحو أمر ما والعزم لا يحتمل⁽²⁾.

ثالثا: الخطأ الإرادي :

لا تظهر فكرة الخطأ الإرادي إلا في (وثائق التأمين) أو (بوليصها) وذلك من أجل إستبعاد هذا النوع من أنواع الخطأ من ضمان المؤمن، ويجب القيام بالترقية بين هذا النوع من الخطأ وبين الخطأ العمد والغش أصلا ، بخصوص عقد التأمين لتجنب حدوث أي خلط بينهم، لأن عقد التأمين لا يغطي مخاطر الخطأ العمد أو الغش كما في المادة (1000) من القانون المدني العراقي، وبمقتضاه فإن عقد التأمين يغطي فقط الأخطاء غير العمدية التي يقترفها المستفيد، وبعبارة لا يغطي خطأ المستفيد المتعمد أو غشه.

(1) لاحظ: للتعرف على فكرة قبول المخاطر ومدى تشبه قبول المخاطر بالخطأ العمد، اطروحة الدكتور علي عبيد الجبلاوي، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، غير منشورة، 1988، ص(276، 285)

(2) للتفاصيل حول هذا الموضوع لاحظ أنطوان د. محمد سليمان الاحمد ، الخطأ وحقيقة لاس المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص98.

والذي يميز هذا النوع من الخطأ العدي، هو في أن الخطأ الإرادي يتجه قصد الفاعل فيه إلى إقتراف الفعل نفسه دون أن تكون لديه نية إلحاق الضرر بالغير، فالأضرار الناجمة عن هذا الفعل لم تكن نية الفاعل أو قصده أو تقديره وإنما حدثت كنتيجة محتملة له.

ويمكن تعريف هذا الخطأ بأنه الخطأ الذي يتخذ صورة تجاوز حدود الثقة المشروعة، أو يظهر بمظهر التهور والجراءة على الحق.

ويترتب على ما تقدم أن الخطأ الإرادي قد يكون خطأً بسيطاً يتمثل في مجرد الإهمال أو التردد أو الإمتناع، وبالمقابل فقد يشكل الخطأ الجسيم خطأً إرادياً إذا ما تبين أن الفاعل لم تكن لديه نية إلحاق الضرر بالآخرين وهو فرض قليل الوقوع في الحياة العملية⁽¹⁾.

رابعاً: الخطأ الجسيم :

سبق وأن أشرنا أن نظرية تدرج الخطأ رومانية المنشأ، ومضمون هذه النظرية، أن ما يرتكبه الشخص من خطأ غير متعمد، ينقسم إلى ثلاثة أنواع حسب خطورته، خطأ جسيم لا يرتكبه حتى الشخص المهمل، وهو خطأ يقترب من الغش، والخطأ اليسير، وهو الذي لا يرتكبه الشخص العادي، والخطأ النافه وهو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحريص الحذر⁽²⁾.

و قاموا بتقسيم العقود تبعاً لذلك إلى ثلاثة طوائف: عقد يعقد لمصلحة الدائن وحده كالوديعة، ولا يسأل المدين فيه إلا عن خطئه الجسيم، وعقد يعقد لمصلحة كلا المتعاقدين، ويشمل عقود المفوضات بصورة عامة، ويسأل المدين فيه عن خطئه

(1) لاحظ: د. حسن علي الفنون، مرجع سابق، ص(172، 173)

(2) لاحظ: د. سمير عبدالمسيب تغاغو، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص173

اليسير، وعقد يعقد لمصلحة المدين وحده، كالعارية، وفيه يسأل المدين حتى عن خطئه للتافه⁽¹⁾.

أما بخصوص تحديد علاقة الغش بالخطأ الجسيم فقد اختلف الفقه بشأنه إلى ثلاثة اتجاهات كما يأتي:

الاتجاه الأول: يرى أن الخطأ الجسيم يساوي تماما الغش وذلك إستنادا إلى لقاعدة الرومانية التي جعلت من الخطأ الجسيم قرينة قاطعة على الغش، فإذا كان الغش يستند إلى النية والقصد، فإن مجرد علم الشخص بما قد ينتج على مسلكه من ضرر ولو لم يقصد هذا الضرر يكفي للقول بوجود نية الإضرار لديه، وبهذا يتساوى الغش والخطأ الجسيم، ويعزى تبرير ذلك إلى أن الخطأ العمد لا يمكن الكشف عنه إلا بالتحري في نفسية الفاعل، لذا وجد في الخطأ الجسيم قرينة عليه، أي قرينة على سوء نية فاعله وذلك لعدم نصح المجال للذين يعدون إلى الإضرار بالغير ثم يستترون بستر سوء التقدير والرعونة أو عدم الخبرة، فلا يسمح لفاصل الضرر أن يدعي البلامة، وبذلك فإن الخطأ الجسيم تتخذ كوسيلة للإستدلال منه على سوء نية الفاعل وهو بهذا يكون قرينة قاطعة⁽²⁾.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المساواة بين الغش والخطأ الجسيم في بعض الأحكام القانونية، لا تعني إتحداهما في الطبيعة والصفات وإنما المساواة بينهما في إطار الآثار القانونية، فالخطأ الجسيم يتصل عن الغش في أنه لا يتضمن قصد الإضرار بالغير، وأن المقياس الذي يقلس به الغش هو مقياس ذاتي عن طريق البحث عن النية مما تجعل مهمة إثباته صعبة، في حين أن الخطأ الجسيم

(1) لاحظ: د. سمير عبدالمسيد تناغو، المرجع السابق، ص 173 و د. عبدالمجيد الحكيم، مرجع سابق، ص 406.

(2) عبدالجبار ناجي ملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير: نقلا عن د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص (6-7).

يقاس بمقياس موضوعي مجرد، كما أن الغش في نطاق المسؤولية العقدية يتمثل في رفض التنفيذ في حين أن الخطأ الجسيم يتمثل في تأكيد نية التنفيذ⁽¹⁾.

الإتجاه الثالث: قام أصحاب هذا الإتجاه بجعل الخطأ الجسيم قرينة على سوء نية الفاعل وإرتكابه الغش، فالشخص الذي يرتكب من الإهمال والرعونة وعدم الإحتياط أشدها درجة وقدرا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالآخرين يكون من المعدل والمنطق أن (نفترض) فيه تعدد الإضرار، لكي لا يدعي حسن نيته⁽²⁾.

ومن الإفضل جعل هذه القرينة قضائية وليست قانونية لكي يتخذها القاضي كوسيلة يستهدي بها ويقدر أمرها في كل حالة على حده، لأنه لا يلزم بين الغش والخطأ الجسيم وبالتالي لا يمكن أن تسوي بينهما إلا إذا قرر القانون ذلك بنصوص صريحة⁽³⁾.

وعلى الرغم من الإنتقادات الموجهة إلى هذا الرأي بإعتبار أنه يجعل من سوء النية الأصل وحسن النية هو الإستثناء، أي بخلاف ما هو مستقر عليه قانونا من أن الأصل حسن النية وعلى المضرور ان يثبت سوء نية مرتكب الخطأ لإثبات تعدده⁽⁴⁾.

لكن على الرغم من ذلك لا يمكن أن نسلم بانقطاع كل صلة بين الخطأ الجسيم وحسن النية، ويعرف الأخير بشكل عام بأنه الإعتقاد لمراعاة كافة الشروط اللازمة لسلامة علاقة قانونية معينة وهي تركز على قواعد الإخلاق وعلى الرغم من هذه العمومية التي يتسم بها هذا المبدأ ألا أنها لم تحظ بوضع تحديد دقيق لها من قبل

(1) د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص8.

(2) د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص(98-161).

(3) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص161.

(4) لاحظ: د. نوري خاطر، مرجع سابق، ص8.

القوانين⁽¹⁾ وهذا المبدأ يقضي بعدم خرق أي علاقة قانونية تعدد أو إهمالا وذلك بمقياس الشخص المعتاد، بعبارة أخرى يجب على كل شخص أن يتحلى بحسن النية وأن يتجنب الإضرار بالغير، فالمادة (965) من القانون المدني المصري تعدد بجسامة الخطأ للدلالة على سوء النية فتتص على أنه: (1- يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم).

و يفهم من هذا النص أنه إذا جهل الحائز أنه يعتدي على حق الغير يعد حسن النية، وليس المقصود بالجهل عدم العلم لأن العلم يعني اليقين التام، فيجب أن لا يختلج أي شك في صورة أنه يعتدي يعتمد المعيار الذاتي للكشف عن ذلك، إلا أن المشرع المصري لم يقف عند المعيار الذاتي بل أعاد معيارا موضوعيا لتحديد حسن النية، حيث يشترط أن لا يكون هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم، فمن يشترى عقارا من بائع لم يقدم له المستندات المؤيدة للملكية يكون قد ارتكب خطأ جسيما لعدم إطلاعه على هذه المستندات، فيعد حينئذ سوء النية على الرغم من اعتقاده أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، لأنه كان عليه أن يقوم بالبحث والتحري عن حقيقة ملكية البائع، وأن يتحلى بقدر من الإلتباه للبحث عن الحقيقة إذا لا يجوز له أن يحتج بحسن نيته⁽²⁾، بعكس موقف المشرع العراقي والذي لم يجعل من مرتكب الخطأ الجسيم سوء النية وبالتالي لم يحرمه من ثمار العين التي حازها وذلك في المادة (1165) منه، وكذلك الحال بالنسبة للتملك بالتقادم القصير الذي يتطلب توافر حسن النية، أي أن لا يكون عالما بعيب السند الذي وضع بمقتضاه يده على هذا العقار على اعتبار أنه مالك له وذلك في المادة (1158) منه.

(1) لاحظ: د. نوري خاطر، المرجع السابق، ص(15-16) هذا و يلاحظ أن المشرع العراقي قد نص في المادة (150) من القانون المدني على وجوب تنفيذ العقود بحسن نية ، نقليلها المادة (148) من القانون المدني المصري .

(2) لاحظ: د. حسن علي الننون، مرجع سابق، ص162.

ومع ذلك فإن حسن النية يكفي لنفي الخطأ الصمد والغش ولكنه غير مؤثر في خطأ الإهمال فمن يتلف مال غيره بإهمال منه لا يجوز له أن يتنزع بحسن نيته ولا يجديه ذلك في دفع مسؤوليته عن هذا الإلتلاف⁽¹⁾، وقد نصت المادة (190) من القانون المدني العراقي على أن (1- إذا أُلُف أحد مال غيره على زعم أنه ماله، ضمن ما أُلُف 2- أما إذا أُلُفه بإذن ماله فلا يضمن).

ويستخلص من هذا النص أن حسن النية غير مؤثر في نفي الخطأ عن محدث الضرر ولا يعفيه من تعويضه إعتقاد الشخص بأن ما يتلفه هو ماله⁽²⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فإنه ساوى بين الغش والخطأ الجسيم في بعض الحالات وفرق بينهما في نصوص أخرى، فمن النصوص التي يخضع كلا من الخطأ الجسيم والغش لحكم واحد، للنصوص الآتية:

نص الفقرة (2) من المادة (259) فقد نصت على صحة الإتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية التي تنشأ عن عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية إلا إذا كان عدم التنفيذ هذا ناشئاً عن غشه أو خطأه الجسيم، بعبارة أخرى أن إرتكاب المدين غشاً أو خطأً جسيماً يؤثر في بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، ولكن أُلُحت الفقرة نفسها للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه التعاقدية هذا.

ونصت الفقرة (3) من المادة (170) على أنه (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشاً أو خطأً جسيماً).

(1) لاحظ: د. سليمان مرعش، مرجع سابق، ص 268، و لاحظ: المادة (275) من القانون الأردني و بمقتضاء من يتلف مال غيره يضمن دون أن يسمح له أن يتمسك بحسن نيته. لاحظ بشأنها : د. عبدالقادر الفار ، مرجع سابق ، ص 202.

(2) لاحظ: د. ممدون المامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل، بغداد، 1981، ص (65-66).

نصت الفقرة (2) من المادة (173) على أنه (يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الإتفاقية إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم).

و لم يقتصر التمسك بالخطأ الجسيم في نطاق المسؤولية العقدية بل تعداه إلى نطاق العمل غير المشروع، وذلك لتحديد مسؤولية للفاعل إذا تعدد المسؤولون في الفقرة (2) من المادة (217) التي تنص على أنه (يرجع من دفع التعويض بأكمله كل من الباقيين بنصيب تحلله المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم فإن لم يتمس تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي)، ويلاحظ أن هذه المادة خاصة بجسامة الخطأ وحده دون الغش.

على أن ذلك لا يعني عدم قيام المشرع العراقي بالترقية بين الغش والخطأ الجسيم، فهناك بعض النصوص التي لا يجوز فيها تشبيه الخطأ الجسيم بالغش ومعاملته معاملة واحدة، مثل:

نص المادة (264) وهي المادة التي تعالج شروط دعوى عدم نفاذ التصرف بما يأتي: (1- إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ التصرف في حق الدائن أن يكون هذا للتصرف منطوقاً على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش...)، ومن الواضح أن المشرع العراقي قد ميز بين ما إذا تم التصرف معاوضة أو تبرعاً وهذه الفقرة خاصة بتقرير شرط من شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات عندما يكون التصرف الصادر من المدين المعاوض علمه أن التصرف يؤدي إلى إفساره، أو يلحق الأضرار بدائتيه، فإذا لم يتوافر فيه نية الإضرار بدائتيه فلا سبيل إلى نجاح هذه الدعوى لتخلف شرط من شروطها وبذلك يشترط المشرع الغش لتطبيق حكم هذه المادة ولا يشمل الخطأ الجسيم الصادر من المدين فلا يغني الخطأ الجسيم مهما كانت درجة جسامته عن اشتراط (الغش) أي إنصراف نيته إلى الإضرار بدائتيه، وإن كان المشرع قد جعل مجرد علم المدين

بأنه معسر (قرينة) على افتراض سوء نيته ووقوع غش منه إلا أنها قرينة بسيطة يجوز له أن ينفعها بجميع طرق الإثبات⁽¹⁾.

خامساً: الخطأ اليسير:

هو الخطأ الذي لا يقرّفه شخص معتاد في حرصه وعنايته⁽²⁾ وهو الشخص الذي إتخذته المادة (1137) من التقنين المدني الفرنسي معياراً عاماً مجرداً، فيما تحدده من مدى العناية التي توجب على المدين أن يبذلها في الإلتزام بوسيلة مما يقتضي من القاضي إذا ما أراد تقرير مسؤولية هذا المدين أو نفي المسؤولية عنه بأن يتحرى فيما إذا كان هذا المدين قد تصرف كما يتصرف الشخص المعتاد، أم سلك مسلكاً مخالفاً، أي أدنى من سلوك هذا الشخص العادي⁽³⁾.

(1) المادة (238) من القانون المدني المصري، للتعرف على موقف القوانين المدنية العربية المختلفة من هذا الموضوع لاحظ: د. حسن علي الننون، مرجع سابق، ص 166، د. محمد عبدسليمان الحرلضة، فكرة عدم سريان التصرف للقانوني، دراسة مقارنة في الفقهين الإسلامي والغربي و القوانين المدنية العربية، مطبعة أجيل، عمان، 2002، ص 73 و ما بعدها.

(2) لاحظ: د. محمد السيد رشدي، مرجع سابق، ص (510-511).

(3) لاحظ: د. محمد السيد رشدي، المرجع السابق، ص 91، د. حسن علي الننون، مرجع سابق، ص 159 و الفقرة (1) من المادة (251) من القانون المدني العراقي و الفقرة (1) من المادة (211) من القانون المدني المصري.

المطلب الثاني

تمييز التعمد والتعدي عن الغش في المعاملات

عرفنا فيما سبق أن التعمد هو إرادة إحداث الفعل والنتيجة معا مع العلم بهما وأن التعدي هو إرادة الفعل وحده دون إرادة النتيجة.

أما الغش فيعرف بأنه عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر⁽¹⁾، وعرفه مجمع اللغة العربية بأنه الخروج عن حسن النية في التعامل عمدا⁽²⁾ وبذلك يختلف عن التتليس في أن الأخير عبارة عن إستعمال الشخص طرق احتيالية يكون في إنشاء التعاقد ويدفع الشخص إلى التعاقد⁽³⁾ أما الغش فيحصل بعد تكوين العقد كأن يقوم المدين بإضعاف نمته المالية حتى لا يجد الدائنون فيها شيئا يوقعون عليه الحجز، فالفرق بين الإثنين يكمن في وقت حدوث كل منهما⁽⁴⁾، وفي

(1) لاحظ: د. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الجزء الثاني، مطبعة نهضة القاهرة، 1954، ص304.

(2) لاحظ: معجم القانون، لصادرة من مجمع اللغة العربية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، 1420هـ - 1999م، ص119.

(3) لاحظ: د. عبدالحى حجازي، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص304، معجم للقانون مولفك تملما لتعريف الدكتور الحجازي، مرجع سابق، ص69.

(4) لاحظ: د. عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص304، (أما إذا نظرنا إلى الغش من الناحية التاريخية فنشير إلى القانون الروماني وقد كان للرومان يفرقون بين الغش المباح والغش غير المباح، والغش المباح يعرف بأنه عبارة عن وسائل الإحتيال والخداع التي تقع ضد الأجنبي أو العدو، وقد كان مباحا والسبب في ذلك أن القانون الروماني كان لا يقر بأي حق من الحقوق للأعداء، ويعتبر أيضا من هذا القبيل أساليب الإمتناع والكذب التي تعد من قبيل المهارة في المعاملات كقيام البائع ببذل ما في وسعه لكي يبرز ما يعرضه في أحسن صورة وإجتهد المشتري في بخس الثمن، أما الغش غير المباح فهو إستعمال الخداع والحيلة ضد شخص بقصد إيهامه بأمر غير مطابق للواقع وإيقاع الضرر به، وهذا هو الغش الذي إعتبره البريكتور جريمة كالإكراه وعاقب عليه بعد أن أصبح الغش يتناقى مع مبدأ حسن النية والشرف في المعاملات) ، لمزيد من التفصيل حول موضوع الغش في القانون الروماني ومدى إشرطه في الدعوى البوليصة لاحظ: محمد طه البشير و د. هشام الحافظ، القانون الروماني، الأموال والإلتزام، وزارة للتعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، بدون سنة طبع، ص222 وما بعدها.

الفقه الإسلامي نرى الكثير من الألفاظ في نطق المعاملات المالية مثل (الغش) و(التليس) و(التغير) و(الخداع) و(الحيلة) و(الخلافة) ونحوها وعند التعمق في معانيها نجد أنها جميعاً تدور حول معنى واحد، وهو الدلالة على أن فسي للتصرف نوعاً من التحايل، وكتماً للحقيقة أو إظهاره بطريقة ملتوية على غير ما هو عليه، أو إغراء العاقد عليه بإيهامه أن فيه بعض محاسن وفوائد مرغوبة لديه ولكن هذا لا يدل على أن هذه الألفاظ مترادفة بل لكل واحد منهما معناه الخاص⁽¹⁾ فيعرف الغش بأنه إظهار الشيء على خلاف واقعه، كإظهار الصفة الجيدة في الأعلى وإخفاء الرديئة في الأدنى، وكمخرج الجيد بالردىء كخلط العسل الصافي والزيت الخالص بغيرهما⁽²⁾.

وللغش ركنان: معنوي وموضوعي، فالركن المعنوي للغش عبارة عن التفضيل توصلاً لغرض غير مشروع، بمعنى نية أو قصد الإضرار بالغير، أما الركن الموضوعي فيتخذ صورة الفعل أو التكتان وهو بهذا المعنى خطأ عمداً والذي هو ذلك الفعل أو التترك للصادر عن نية سيئة والنية إرادة متجه نحو هدف ما، غير أن الغش يحمل في طبيعته خرقاً شديداً للأخلاق من مجرد الخطأ العمد البسيط، لذا فالغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمد على الرغم من أنه ينطوي تحت إصطلاحه ويعني هذا أن كل غش هو خطأ عمدي أي صورة من صورته، ففي مجال العقد إذا قام أحد المتعاقدين بمخالفة شروط العقد مخالفة صريحة بقصد الإضرار بالطرف الآخر، فإن فعله هذا يشكل خطأ عمداً، لكن يبقى للدائن الفرصة ليتلافى ما يتعرض له من إضرار، كما في حالة رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها أو تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك أو تعمد الناس عدم القيام

(1) للتعرف على تعريف هذه الألفاظ لاحظ: د. علي محي الدين علي القرعاعي ، مرجع سابق ، ص(601-670).

(2) لاحظ: دروس في لفقه الإسلامي، ضمن سلسلة الطوم و المعارف الإسلامية، مؤسسة المعارف الإسلامية الثقافية، بدون سنة نشر، ص(190-191).

بعمل، أما الش فتجد فيه مظاهر مختلفة لأن مرتكبه يخلف مخالفته بالخديعة والمكر فينفع الدائن إلى قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح له الفرصة للكشف عن المخالفة، فيقبل الضرر طائعا، في حين مرتكب الغش يجنسى ثماره حتما ولو إلى حين⁽¹⁾.

و نستخلص من ذلك أن الفارق بين الغش والخطأ العمد في نطاق العقد، هو أنه يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش، فالغش يتضمن معنى الغدر وهو يشوب سبب نشوء الحق ويجعله على غير أساس مشروع ، لأن الحق قد فقد ميزته الخلقية والاجتماعية ويصرف إلى إلحاق الأذى بالمجتمع⁽²⁾.

و هناك من الفقهاء من يرى أن التفرقة بين الغش والخطأ العمد هو من قبيل تغليب تسمية النوع على تسمية الجنس، وربما هناك أسباب تقف وراء هذا الترجيح، فالمدين في التصرف يضطر في كثير من الأحيان إلى ستر وإخفاء خطأه بإدعاءات تضليلية، كما في إستيلاء الوكيل على مال الموكل، وإدعائه بأن المال قد سرق من حوزته فالغش في كثير من الأحوال يستخدم كأداة يستر خطأ عمد فيبرز وكأنه فعل مشروع، وفي أحيان أخرى يؤدي بحد ذاته أي بشكل مستقل إلى ما يهدف إليه المسؤول من الإضرار بالغير، ويضيف أن كلا من الغش والخطأ العمد له نفس الحكم القانوني إنما الإختلاف بينهما قد يكمن في الوجهة الأخلاقية، فقد ينظر الأخلاق إلى الغش على أنه عمل من أعمال الخبث والمكر وهو أشد وقعا وتأثيرا في النفس من الخطأ العمد غير المقترن بالغش غير أن هذا لا يعني التفرقة بينهما

(1) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص(4-5).

(2) لاحظ: د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص5، (و بخلافه من الفقهاء من يرى أن الخطأ العمد في نطاق الإلتزامات العقدية يستبر مرافقا للغش) لاحظ: د. حسن علي النتنون، مرجع سابق، ص183.

والتشريعات المدنية عندما تستخدم مصطلح الغش إنما تقصد به الخطأ العمد بوجه عام⁽¹⁾.

الا أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، فالقوانين أقرت الغش بحكم خاص دون أن يتعداه للخطأ العمد، وذلك في الحالة التي ينصرف فيها لفظ الغش إلى معنى (التحايل) ففي هذه الحالة تنصرف إرادة الفاعل إلى التهرب من الخضوع لحكم قاعدة قانونية أمره فإذا إنطوى هذا التحايل على الإضرار بالغير فإنه في الوقت نفسه يعد خطأ عمدياً تنهض معه مسؤولية الفاعل، أو يؤدي إلى عدم سريان التصرف وعدم نفاذه في مواجهة من يلحقه ضرر منه كما هو الحال بالنسبة لعدم نفاذ التصرفات القائمة على الغش في مواجهة الدائن⁽²⁾ فالمشرع العراقي في الفقرة (1) من المادة (264) يشترط توافر الغش في المعالوضات والتبرعات لكسي لا يسري التصرف في مواجهة الدائن وهذا يعني أن حكم هذه المادة لا يشمل الخطأ العمد وما دونه.

كما أن هناك حالات يعد فيها الغش خطأً (تلبسياً) لا مجرد خطأ عمدي وذلك عند إقترانه باستعمال طرق إحتيالية لذلك إختص الغش بأحكام خاصة، رتبته القانون عليه على سبيل المثال: جواز الطعن في الحكم الصادر من محاكم الاستئناف لو من محاكم البداءة، أو من المحاكم الشرعية، إذا وقع من الخصم الآخر (غش) في الدعوى كان من شأنه التأثير على الحكم الذي صدر فيها⁽³⁾.

(1) لاحظ: د. نوري خاطر، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 6.

(2) لاحظ: د. حسن علي النون، مرجع سابق، ص 183 و الفقرة (1) من المادة (264) مدني عراقي والفقرة (1) من المادة (238) من القانون المدني المصري، وللتعرف على محتويات هذه المواد وشروطها، لاحظ: د. محمد عبد سليمان الحراشة، مرجع سابق، ص (73-78) - د. أنور سلطان، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 50 وما بعدها.

(3) لاحظ: الفقرة (1) من المادة (196) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 وتعديلاته، ففي الفصل الرابع والخاص بإعادة المحاكمة أجاز الطعن بطريق إعادة المحاكمة في الأحكام الصادرة -

كما وقد بخرج الغش عن نطاق المسؤولية المدنية ليدخل في نطاق القانون الدولي الخاص وذلك من خلال القاعدة المعروفة (الغش نحو القانون أو التحايل على القانون) ففي هذا القانون له مفهومه الخاص وتأثيره الواضح لأنه يؤدي إلى تغيير في القانون الواجب تطبيقه من خلال محاولة الفرد للتوصل إلى أغراض غير مشروعة فيحاول إيجاد قاعدة إسناد جديدة لتطبيق قانون آخر، وأن هذا الشخص وإن تحايل على القانون إلا أن فعله هذا لم يلحق ضرراً بأحد، كالمصري الذي يبدل جنسيته بالجنسية العراقية حتى يستطيع التصرف وفقاً لقانون جنسية جديد (الذي يحدد سن الرشد بثمانية عشرة سنة بدلا من واحد وعشرين سنة الذي يشترطها القانون المصري لذلك) فلا مجال مطلقاً لبحث مسؤوليته المدنية⁽¹⁾.

نستخلص من ذلك أن الغش يختلف عن التعدي في أن الفاعل في الأخير يريد إحداث الفعل دون أن تتجه إرادته إلى إحداث النتيجة في حين أن مرتكب الغش يريد إحداث الفعل ونتائجه الضارة أيضاً وفي هذا يتفق مع التعمد إلا أن الغش يختلف مع الأخير في إقترانه بإدعاءات تضليلية وإستعمال طرق إحتيالية للوصول إلى النتيجة المرجوة، فهناك نقطة معينة يقف عندها مرتكب الخطأ العمد فيوجه إرادته إلى الإضرار بالغير فقط، أما في الغش فلا نجد أي نقطة توقف فلا يحاول مرتكبه الإضرار بالغير فقط، بل يحاول أيضاً للحصول على مكاسب مالية وتحقيق مصالح شخصية له وبذلك يمكن القول أن الخطأ العمد قد يتجرد من كل طرق خبث ولثم، أي بصورة مبسطة بعكس الغش، فالتعمد هو الخطأ العمد بعينه، ومتى ما إقترن بإدعاءات تضليلية نسميه غشاً أما بالنسبة للتعدي ففيه يتوجه الفاعل إلى إحداث الفعل دون النتيجة وبالتالي لا يمكن أن نقوم بتجريدته من كل نية لكنها

من المحاكم التي أشرنا إليها أعلاه في حالة وقوع غش من الطرف الآخر فنص الفقرة الأولى على أنه:

(1- إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم).

(1) لاحظ: د. مدوح عبدالكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي و المقارن، الطبعة

الثانية، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977، ص(337-348)

تختص بإحداث الفعل دون النتيجة وبذلك يمكن القول بتوافق التعدي أو تقاربه مع درجات الخطأ غير الممد ابتداءً.

و قد يسهل التوصل إلى نية الشخص الذي يرتكب الغش أو الخطأ الممد في نطاق المسؤولية العقدية حيث يعرف كل من الطرفين الآخر ابتداءً وذلك من خلال سلوك المدين وتنفيذه الكلي للإلتزامات التي يربتها العقد على عاتقه وتقيده بالإلتزام الذي يفرضه القانون من وجوب تنفيذ العقود بحسن النية وطبقاً لما إشتمل عليه كما جاء في الفقرة (1) من المادة (150) من القانون المدني العراقي فيمكن للقاضي كلما كان هناك عدم تنفيذ للعقد طبقاً لما إشتمل عليه أن يجعل منه قرينة على الغش أو الخطأ الممد، حسب الأحوال، فقد يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش أما في حالة الخطأ الممد فلا يوجد أي تنفيذ له، وبالتالي يمكن لمرتكب الخطأ الممد أو الغش إثبات حسن نيتهما لنفي المسؤولية عنهما.

أما في نطاق المسؤولية التقصيرية فإن لحظة نشوء الإلتزام أو ميلاده هو لحظة لقاء أشخاص لم تكن تربط بينهم أية رابطة خاصة من قبل، لذلك يجب للبحث حسب الإلتزام الذي يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير وجعل الخطأ الجسيم قرينة قضائية على تعدد الفاعل.

الفصل الثالث

تأصيل تضمين اليد القائمة على التعدي والتعمد

نقصد بالتأصيل الأساس الذي يستند عليه نظام ضمان اليد ، وقد قام الفقهاء بسرد الأسباب الموجبة للضمان ، ولوضحوا أن وضع اليد قد يحصل بطريق مشروع كما في الاعارة أو الاجارة ، أو قد يحصل بطريق غير مشروع كما في الغصب وعلى هذا الأساس تنقسم اليد على ملك الغير إلى يد أمانة ويد ضمان ولكل منهما حكما يختلف عن الآخر ، وتمهيدا للوصول إلى ذلك الأساس نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول الفكرة العامة في تضمين اليد على تعمد صاحبها أو تعديه ونقوم في المبحث الثاني بتحديد نطاق التضمين على أساس التعمد والتعدي.

المبحث الأول

الفكرة العامة في تضمين اليد

على أساس تعمد صاحبها أو تعديه

من أجل استكمال الفكرة العامة في تضمين اليد على أساس تعمد صاحبها أو تعديه ، فقد وجدنا من المناسب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نعالج في الأول تأصيل حكم وضع اليد وقرار نظام يد الضمان ، ثم نعرض في الثاني لنعالج طبيعة التضمين للقائم على التعدي أو التعمد أو على كليهما .

المطلب الأول

تأصيل حكم وضع اليد وقرار نظام يد الضمان

في هذا المطلب نعالج مسألتين مهمتين هما : تأصيل حكم وضع اليد ، وقرار نظام يد الضمان ، ولهذا فافتنا سنقسم هذا المطلب الى الفرعين الآتيين .

الفرع الأول

تأصيل حكم وضع اليد

لا شك في أن وضع اليد على ملك الغير من الأسباب الموجبة للضمان والذي إتفق بشأنها الفقهاء المسلمون لكن بشروط وضوابط معينة وقد اختلف الفقهاء المسلمون بشأن التقسيم الذي اتبعوه لأسباب الضمان فمنهم من يرى أن أسباب الضمان هي العقد واليد والإتلاف والحيلولة⁽¹⁾، وأضاف بعض الفقهاء إليها سببا خامسا وهو التغيرير⁽²⁾ وذهب آخرون إلى أن أسباب الضمان هي العدوان بالمباشرة كالإحراق وهدم الدور والتسبب للإتلاف ووضع اليد التي ليست بمؤتمنة⁽³⁾ ومن الفقهاء من يراها ثلاثة وهي العقد والإتلاف واليد⁽⁴⁾ ومنهم من يضيف على هذه الأسباب الثلاثة إلزام الشارع⁽⁵⁾.

(1) لاحظ: الامام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، المجلد الثاني ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، الجزء الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ص 221.

(2) لاحظ: عبدالرحمن ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الجيل، لبنان، ط2، 1988، ص(218، 223، 224).

(3) لاحظ: الامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي، الخيرة في فروع المالكية ، تحقيق و تعليق أبي اسحاق احمد عبدالرحمن ، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1422هـ ، 2001م ، ص100.

(4) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص63

(5) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص9 وما بعدها.

إن، نجد أن وضع اليد هو من بين كل التقسيمات المختلفة التي نكرناها، فوضع اليد حظي بتنظيم الفقه الإسلامي في كل حالة وجد فيها المال المملوك تحت يد غير مالكة كالولاية والوصاية والعارية والوديعة والنصب والبيع والسرقة وخيانة الأمانة واللقطة والقرابة والشراكة... إلخ، لذلك وردت أحكامه متفرقة في أبواب متعددة ونظم شرعية مختلفة⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم فإذا حاز إنسان مالا قد تكون حيازته هذه ووضع يده عليه عن ولاية شرعية وقد تكون إعتداء.

إذا كانت اليد عن ولاية شرعية، فقد تكون حينئذ يدا مؤتمنة، وقد تكون يدا غير مؤتمنة، فصاحب اليد يضمن ما يتلف تحت يده من أموال الناس لأن يده لم تكن مؤتمنة ولا يغير من هذه الحقيقة كون اليد بإذن المالك.

واليد غير المؤتمنة قد تكون عادية وذلك في حالة ما إذا حازت المال بغير إذن المالك كيد السارق والغاصب، وقد تكون غير عادية حازت المال بإذن مالكة كيد البائع على المبيع بيعا صحيحا، فإذا هلك المبيع قبل قبض المشتري له تحت يد البائع فإنه من ضمان الأخير، أما إذا حصل الهلاك بعد قبض المشتري له فالضمان على المشتري ولا شيء على البائع، وكقبض المبيع بيعا فاسدا وكقبض العواري والرهون التي يغاب عليها كالحلي والسلاح وأنواع العروض.

واليد المؤتمنة: كيد الوديع في الودائع، وعامل القراض والمساواة وأيدي الأجراء، وكذلك أيدي الأوصياء على أموال اليتامى، والأحكام على ذلك وعلى أموال الغائبين والمجانين ونحوهم، فتوصف يد هؤلاء بأنها يد مؤتمنة، فلا يضمنون هلاك ما تحت أيديهم من أموال إلا بتعديهم أو تقصيرهم في الحفظ⁽²⁾.

(1) لاحظ: د. ليلي عباد الله الحاج سعيد، مرجع سابق، ص (1-2)

(2) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص 53، د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص (65-66)

وقد ورد في كتابه جل وعلا الحديد من الآيات التي تكل على حكم وضع اليد على ملك الغير، فقال سبحانه وتعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل)⁽¹⁾ أو في آية أخرى قال تعالى (فإن آمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه)⁽²⁾ وقال جل شأنه (و الذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون)⁽³⁾، وقال تعالى (لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم)⁽⁴⁾، كما أن السنة النبوية للشریفة تحتوي على مجموعة من الأحاديث الصحيحة التي تبين حكم وضع اليد على ملك الغير فالأصل في الضمان بوضع اليد قوله صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه)⁽⁵⁾.

وقد شرح هذا الحديث الصنعاني بقوله، و(الحديث دليل على وجوب رد ما قبضه المرء وهو ملك لغيره، ولا تبرأ ذمته إلا بإعادته إلى مالكه أو من يقوم مقامه لقوله (حتى تؤدّيه) ولا تتحقق التأدية إلا بذلك، فواء حصل قبض المال بسبب مشروع أم غير مشروع فإنه واجب الرد بعبارة أخرى سواء كانت اليد أمينة أم كانت اليد ضامنة، فلا فرق بينهما في وجوب رد ما قبضه المرء من مال غيره)⁽⁶⁾.

(1) للنساء، 58.

(2) البقرة، 283.

(3) للمعارج، 32.

(4) الأنفال، 27.

(5) أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ(ابن ماجه)، سنن بن ماجه، حكم على أحاديثه و آثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الألباني، إعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، حديث رقم (2430)، ص409، (الامام الحافظ احمد بن علي بن حجر الصقلاني، بلوغ المرام من أئلة الاحكام، شرح و مرجعة مكتب الدراسات والبحوث الإسلامية، بشراف الشيخ ابراهيم محمد رمضان، دار الفلم، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع ص205. لاحظ: للفقرة الاولى من المادة (279) من القانون المدني الأردني.

(6) لاحظ: الشيخ الامام محمد بن اسماعيل الأمير اليميني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع لأئلة الأحكام، طبعة جديدة و منقحة و مصححة قدم لها محمد عبدالرحمن المرعشلي، اعدما مكتب لتحقيق بدار احياء التراث العربي، قام بفهرستها رياض عبدالله عبدالهادي، الطبعة الثانية، ج3، بدون سنة طبع، ص65.

و مما سبق ذكره يتضح لنا شمولية أحكام ضمان اليد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بحيث يتسع نطاقه لجميع حالات اليد على ملك الغير، حيث يستوي في ذلك اليد على المال العام أو على المال الخاص، ويستوي أن تكون اليد ذات ولاية عامة أو ولاية خاصة ويستوي أن يكون وضعها بطريق مشروع أو غير مشروع فجعلت الشريعة الإسلامية من وضع اليد على ملك الغير نظاماً واسعاً يشمل جميع الأموال ولا يقتصر على المال الخاص الذي ينظم القانون المدني أحكامه كما يشمل جميع الأيدي للشخص الطبيعي والمعنوي، والعام والخاص⁽¹⁾.

(1) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، الفظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص(49-50).

الضرع الثاني إقرار نظام يد الضمان

تطلق كلمة الضمان في اللغة ويراد بها معان عدة، أن ضمان اليد هو الأثر المترتب على وضع اليد على ملك الغير، إذن ولغرض التوصل إلى إقرار نظام يد الضمان يقتضي الأمر منا بيان مفهوم اليد ومفهوم الضمان، قالت العرب: ضمن الشيء، وبه ضماناً وضماناً، أي كفل به، وهو ضامن وضمين أي كافل وكفيل⁽¹⁾. ويقال: الضمين الكفيل، ضمن الشيء وبه ضماناً وضماناً: كفل به وضمانه إياه: كفله⁽²⁾.

وبشكل عام إن كلمة (ضمن) تدور حول معانٍ عدة يمكن حصرها بالآتي:

الكفالة: يقال ضمن للرجل ما على أخيه من دين أي تكفله.

الحفظ والرعاية: يقال ضمن الشيء أي حفظه.

التضمين: يقال ضمن الوعاء الشيء بمعنى شغل الشيء بغيره، وإشتماله عليه، وإحرازه فيه، ومنه شغل للذمة بما للذات من حق.

العزم: يقال ضمنته الشيء تضميناً فتضمنته، أي عزمته فالتزم بالأداء.

الإلتزام: يقال ضمننت المال إلتزمت، وضمان الدرك إلتزام البائع برد الثمن إلى المشتري عند إستحقاق المبيع.

الجزم بخلو الشيء من العيوب.

أما في إصطلاح الفقهاء المسلمين فقد أوردوا له معانٍ عديدة لا بد من معرفتها لأن معظم القوانين المدنية إستخدمت مصطلح الضمان للتعبير به عن معنى معين من تلك المعاني التي حددها الفقه الإسلامي⁽¹⁾.

(1) لاحظ: الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص343.

(2) لاحظ: ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، نشر أدب الحوزة، قم-إيران، 1405هـ، ص257، باب ضمن.

فالضمان يستخدم للدلالة على معانٍ ثلاثة هي:(2)

أ- يقصد بها الكفالة، أي ضم ذمة إلى ذمة أخرى، بمعنى أن هذا المعنى الاصطلاحي يتطابق مع المعنى اللغوي للضمان، وإرادة تعني الكفالة بالضمان هو أخص إطلاقاته(3).

ب- الضمان مقصود به الأداء، أو إعطاء تعويض معين نتيجة ما لحق الشخص من أضرار، فقد عرفه بعض الفقهاء(4)، بأنه: (الإلزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بنفس الإنسانية)، ومن الملاحظ على هذا التعريف أنه يتوسع في دائرة الضمان فلا يقصره على التعويض عن إتلاف المال أو ضياع المنافع فحسب، بل يشمل الضرر الذي يحصل على نفس الإنسانية فيدخل في دائرته المسؤولية القانونية (المدنية والجنائية) على حد سواء(5).

ج- الضمان بمعنى شغل الذمة، وهذا هو المعنى الواسع للضمان، وقد عرفه أحد الفقهاء المحدثين(6) بهذا المعنى: (الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد بثبوته فيها مطلوبا أدائه شرعا عند تحقق شرط أدائه)،

(1) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق، ص29.

(2) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص5 وما بعدها.

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص57.

(4) لاحظ: د. وهبة الزحيني، مرجع سابق، ص15.

(5) و يلاحظ أن هذا تعريف منتقد من قبل بعض الفقهاء فمثلا أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد قد إنتقده على أساس أن هناك فرق بين المسؤولية من جهة و الضمان من جهة أخرى للتفصيل أكثر لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، المسئل لدراسة الضمان، ط1، دار و مكتبة الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص29 و ما بعدها، و قد إنتقد التعريف أيضا على أساس أنه حصر الضمان بوصفه أثرا تمسؤولية لعتبة لغوية و غير لغوية (لاحظ: د. إيلي عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص13).

(6) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص5.

التعريف يشمل بالإضافة إلى المعنيين السابقين الإلتزام الناشئ عن التصرفات القانونية على عاتق أحد أو كلا طرفيها بحيث أنه متى ما أخل بهذا الإلتزام نهضت مسؤوليته التعاقدية والتي تسمى بضمان العقد في بعض المواضع⁽¹⁾، وكذلك يشمل المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الأعمال غير المشروعة وكذلك الضمان الناشئ في الذمة عن الفعل النافع، وينص القانون⁽²⁾، وهو بهذا المعنى يقترب من مفهوم الإلتزام في القوانين المدنية⁽³⁾.

وقد ورد مصطلح الضمان في الكثير من نصوص القانونية⁽⁴⁾، ألا أن نص المادة (416) من مجلة الأحكام العدلية قد عرفته بأنه (إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات) وهذا التعريف قد عرف الضمان بمعنى التعويض ويدخل ضمن المعنى الثاني والذي نقصده، فحين نقصد به التعويض الذي

(1) لطلق القانون المدني العراقي على المسؤولية التعاقدية بمصطلح (ضمان العقد)، لاحظ الفقرة (3) من الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني العراقي و تشمل المواد (168-176).

(2) وعلى ضوء شمولية تعريف الشيخ علي الخفيف لورد أحد الفقهاء تعريفاً موافقاً لهذا التعريف في محتواه مضيافاً إليه ما يجعل من التعريف أكثر خصوصية فقد عرفه بأنه (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال لو عمل عند تحقق أحد أسبابه و إجتماع شروطه دون أن يكون هناك مانع يحول دون ترتيب آثاره القانونية)، للتفصيل أكثر و لشرح التعريف و معرفة مبررات و وجهة نظر واضحة لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، مرجع سابق، ص(9-11).

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص14 و أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص29.

(4) لاحظ: مثلاً القانون المدني العراقي الذي ورد فيه كلمة الضمان في مواقع عديدة كما في الضمان الناشئ عن العمل غير المشروع كالغصب و الإكلاف و نظم أحكامها في المواد (186-201، 134) وليستعمل فيهم مصطلحات مشتقة من الضمان، و نص عليه في مواد أخرى متفرقة أيضاً مثل مواد (370، 550، 553، 556، 1/570، 2/753، 1/758، 870، 872، 371، 2/549، 559)، و المشرع المصري في المواد (439، 440، 446، 447، 454، 455، 308، 311)، و المشرع الأردني ل يستخدم المصطلح في المواد (256-269، 503، 520) و خصوصاً المادة (1085) منه الذي أقر فيه بقاعدة كسب الملكية بالضمان و المواد (275-278) مدني أردني.

مستفحه صاحب يد الضمان سواء كان برد المثل في المثليات أو قيمته في التقييمات، ويدخل هذا المعنى ضمن تعريف شغل الذمة أيضا لأنه تعريف متصف بعموميته وشموليته.

لما اليد في اللغة، الكف، وقيل أن اليد من أطراف الأصابع إلى الكف، وجمع اليد أيد، وأكثر ما تستعمل الأيدي في لغة العرب في النعم لا في الأعضاء⁽¹⁾.

ولكي تكون اليد ضامنة لا بد من أن تكون حائزة لمال ما، فتعني اليد على شيء ما قبضه وحيازته، والحيازة مصدر من حوز، وكل من ضم شيئا إلى نفسه فقد حازه، ولحازته، ويحوزه إذا قبضه وملكه واستبد به⁽²⁾.

واليد على الشيء يعني الإحراز، والإحراز لغة من أحرز الشيء إذا حفظه وضمه إليه وصانته عن الأخذ، والحوز بالكسر الموقع الحصين، يقال هو في حرز لا يوصل إليه⁽³⁾.

لما اليد في اصطلاح الفقهاء مطلق الحيازة في اللغة، والاستيلاء على الشيء، سواء أكان في نطاق الاعتبار الشرعي، أو العرفي، أو كان خارجا عنه، والسيطرة بنوعها المادي والمعنوي يتحقق به الاستيلاء عندهم⁽⁴⁾.

(1) لاحظ: العلامة ابن منظور الأتريقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس عشر، نشر أدب الحوزة، بيروت. 1405هـ، باب يدي، ص 419.

(2) لاحظ: الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، لبنان. 1427هـ، 2006م، ص 429.

(3) لاحظ: الإمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، لبنان. 1427هـ، 2006م، ص 926-927.

(4) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، ضمان اليد والمسؤولية التصديرية، دراسة في الفقه الإسلامي و القانون لمنسي. بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون-جامعة الموصل، العدد التاسع، أيلول 2001، ص 8، 9.

فيقتصدون باليد وضعها على شيء معين، أي الحيازة، والأصل عند الفقهاء أن يكون واضح اليد على الشيء مالكا له، بهذا الصدد عرف فقهاء المالكية الحيازة بأنها (وضع اليد والتصرف في الشيء المحوز كتصرف المالك في ملكه بالبناء والغراس، والهدم وغيره من وجوه التصرف⁽¹⁾).

و يذهب أحد الفقهاء إلى أن (الحيازة هي وضع اليد على الشيء والإستيلاء عليه، والتصرف يكون بواحدة من أمور، سكنى، أو إسكانه، أو زرع، أو غرس، أو بيع، أو هدم، أو بناء، أو قطع شجرة، أو عتق، أو كتابة)⁽²⁾، والملاحظ على هذه التعاريف يستدرك أن لفقه الإسلامي قد رتب على وضع اليد أثرا على درجة كبيرة من الأهمية وهو يجعله دليلا على الملك فأعطى لوضع اليد دورا في تحديد مراكز الخصوم فيما يتعلق بعبء الإثبات، فجعل الحائز في مركز المدعى عليه، بعبارة أخرى هي كالبينة للحائز في مركز المدعى على أساس أنه المالك.

إذن، عد الفقهاء المسلمون الحيازة أعم من الملك لأنه يشمل ويشمل غيره وعلى هذا الأساس يقومون بالتفرقة بين الحائز المالك والحائز غير المالك الذي تقتصر حيازته على السيطرة المادية على الشيء المحوز دون إدعاء ملكيته⁽³⁾، وهناك تقسيمات مختلفة وكثيرة للفقهاء المسلمين لليد⁽⁴⁾ لكن صفوة القول أن الفقهاء

(1) لاحظ: العلوي، حاشيته على رسالة إين أبي زيد القيرواني، ج2، ص262، نشرت إليه الدكتوراة ليلي عبدالله سعيد في كتابها النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص20.

(2) لاحظ: الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية، الجزء الرابع، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة طبع، ص106 و107 و130.

(3) لاحظ: د. ليلي عبدالله سعيد، ضمان اليد والمسؤولية التقصيرية، مرجع سابق، ص10.

(4) فقد قسم القرافي اليد إلى يد مؤتمنة و يد غير مؤتمنة لاحظ بشأنها الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، وبهامش الكتابين تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية، الجزء الثاني، عالم الكتب، بيروت، بدون سنة طبع، ص206-208. و إين رجب الحنبلي قسم الأيدي إلى ثلاثة: 1- يد يمكن أن يثبت بإستيلائها الملك وينتهي عنها الضمان سواء أحصل الملك فيه أم لم يحصل و صور هذه الحالة كالآتي:

المسلمين يقسمون اليد من حيث وضعها على الشيء المملوك إلى ثلاثة أنواع: يد المالك، يد الأمانة ويد الضمان، فاليد قد تكون يد ملك، وهو الأصل في كل وضع يد لأن المالك عادة يضع يده على ما يملكه⁽¹⁾ ويتوافر لها سبب من أسباب الملك، كالشراء والهبة، والوصية والإرث، أما إذا وضع الشخص يده على ملك غيره، فاليد هنا قد تكون يد أمانة أو يد ضمان ولا مجال لورود هذين الوصفين الأخيرين إلا في حالة وضع الشخص يده على شيء مملوك لغيره، فإذا كان هذا الواضع مأثونا فيه فلا ضمان، إلا إذا وجد نص شرعي، أو قام واضع اليد بالتعدي على ما تحت يده، أما الوضع بدون إذن فيترتب عليه الضمان⁽²⁾، وهذا للتقسيم الذي أتبعه بعض الفقهاء لليد على المال مطابق قد أخذ بتقسيم الحنفية لليد⁽³⁾.

أ- إستيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب، وكذلك إستيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين فإنهم يملكونها على المشهور عند الحنابلة، فلا ضمان عليهم فينتفي الضمان فيما لا يقبل الملك. ب- إستيلاء الأب على مال الابن، فإذا كان على غير وجه التملك فلا ضمان عليه و لو ألقه على أصحاب لوجهين عندهم. 2- لا يد يثبت لها الملك بالإستيلاء وينتفي عنها الضمان و هي على ثلاث صور هي: أ- من له ولاية شرعية بالقبض كالوصي على مال القاصر. ب- من قبض المال لحفظه على المالك كرجل لقلعة. ج- إذا قام الإمام بإتلاف مواد تعود للبغاة حال الحرب فلا ضمان عليهم. 3- اليد التي يترتب وجماعته عليها ضمان أي قيد للمغنية كيد السارق والغاصب ونحوهما (ابن رجب الحنبلي، القواعد، ص 200 وما بعدها) و قد قسم السيوطي اليد من حيث وضعها على ملك الغير إلى قسمين: للقسم الأول: يد مؤتمنة في الأصل و تتحول بتمتعها إلى يد ضمان كيد الوديع، و الشريك، و الوكيل، و المقارض، و القسم الثاني، يد غير مؤتمنة بمعنى إنها يد ضمان في الأصل، كيد الغاصب و المستعير، و يد للمشتري شراء فاسدا، (لاحظ: السيوطي، الأشباه والنظائر، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص 221).

(1) لاحظ: أساندا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص 82 و د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص 24.
(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الدراسات، تصدر عن عمادة البحث العلمي، للجامعة الأردنية، مجلد 23، العدد (1)، 1996، ص 14.

(3) فقد قسم فقهاء الحنفية اليد إلى 1- يد ملك: و تعني أن يكون واضع اليد على المال مالكا له بأحد أسباب التملك الثلاثة و هي: العقد، و الخلافة بالميراث، و إحراز الشيء المباح، 2- يد أمانة: و تعني وضع اليد على مال غيره نيابة عن صاحبه، 3- يد ضمان و تعني إستيلاء الشخص على مال غيره دون-

و في ضوء ما ذكرناه سابقا ومن خلال إستعراضنا لمفهوم الضمان ومفهوم اليد يتضح لنا أنه لا يمكن أن نجعل من اليد سببا للضمان في جميع الأحوال، فقد تكون يد أمانة وقد تكون يد ضمان، وتصنف اليد من حيث الضمان من عمه إلى يد أمانة ويد ضمان.

و قد حاول بعض الفقهاء التصدي لتعريف يد الأمانة فعرف بأنه ما كانت عن ولاية شرعية ولم تكن لمصلحة صاحبها خاصة⁽¹⁾ أو بأنها ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل دليل على ضمان صاحبها⁽²⁾، ويلاحظ على التعريف الأول توافقه مع تعريف الحائبة والشاقعية فقد ذهبوا إلى أن يد الأمانة ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يكن الوضع لمصلحة صاحب اليد⁽³⁾، وقد جعلوا الأصل في اليد على ملك الغير يد ضمان، فالمستعير يبغي من وراء وضع يده على ملك غيره تحقيق مصلحة خاصة لنفسه لذا فيده عند الحائبة والشاقعية يد ضمان، ولا تنقلب هذه اليد إلى يد أمانة إلا بوجود ولاية شرعية، أي بوجود سبب، شرعي يدعو إلى ذلك أو إذن المالك⁽⁴⁾.

بينما يلاحظ توافق التعريف الثاني مع تعريف فقهاء الحنفية اليد الأمانة فقد عرفوه بأنها (تلك التي لا تستوجب ضمان القابض لما تحت يده)⁽⁵⁾، بحيث جعلوا

-إن من ماله أو الشرع و بنية تملكه، (لاحظ: الامام كمال الدين محمد بن عبدالوحد السيوسي ثم السكندري المعروف بآين الهمام الحنفي، شرح الفتح للتفسير على الهداية شرح بدلية المبتدي، لشيوخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي، المجلد السابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م، ص428-429.

(1) لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص56.

(2) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص103.

(3) لاحظ: آين رجب، القواعد، مرجع سابق، ص56.

(4) لاحظ: د. إيلي عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص25.

(5) لاحظ: الامام كمال الدين محمد بن عبدالوحد السيوسي ثم السكندري المعروف بآين الهمام الحنفي،

المجلد السابع، مرجع سابق، ص428-429.

الأصل في اليد يد أمانة ولا تتحول إلى يد ضمان إلا بمسوخ شرعي⁽¹⁾، ولا شك في أن تعريف الحنفية أقرب إلى المنطق ويفضل على تعريف الشافعية والحنابلة، والسبب يعود في ذلك إلى أنهم إتخذوا من وجود الدليل على الضمان أو عدم وجوده ضابطاً لمعرفة صفة يد الشخص بأنها يد أمانة أم يد ضمان⁽²⁾.

و اليد الأمانة أمثلة كثيرة كيد الوديعة ويد الوكيل بالقبض ويد الشريك ويد المضارب ويد المستعير على خلاف ذلك فهي يد أمانة عند الحنفية والمالكية ويد ضمان عند الشافعية والحنابلة ويد الملتقط إذا إلتقطها وهو عازم على ردها لصاحبها، أما إذا إستولى عليه بنية تملكه ولم يكن في نيته رده لملكه فحينئذ تكون يده يد ضمان، ويد المرتهن على الرهن عند الشافعية والحنابلة أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أن يد المرتهن تعبر يد أمانة على ما لا يقابل الدين من الرهن إذ لا معاوضة بالنسبة إليه، ويد ضمان على ما يقابل الدين منه.

و إذا ألقت الريح ثوباً في حجر إنسان أو في داره تعد يده يد أمانة فهؤلاء أمناء على تلك الأموال ومأذون لهم في ذلك من الشارع ما لم يقع منهم إعتداء أو تقصير تحول بهم إلى يد ضمان⁽³⁾.

أما بخصوص مفهوم يد الضمان فقد اختلف الفقهاء المسلمون فيه أيضاً فذهب الحنفية⁽⁴⁾ إلى أنها ما إستوجبت ضمان صاحب اليد لما تحت يده، وذهب الحنابلة

(1) لاحظ: د. نيلي عبدالله سعيد. يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص15.

(2) لاحظ: د. نيلي عبدالله سعيد، نمرج السابق، ص16.

(3) لاحظ: د. نيلي عبدالله سعيد. يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص(16-17) ، د. محمد سليمان الأحمد، مرجع سابق، ص56.

(4) لاحظ: الإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيوسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح الفتح القدير، المجلد السابع . مرجع سابق . ص429.

والشاقعية⁽¹⁾ إلى أنها ما وضعت على الشيء بدون إذن صاحبه أو ولاية شرعية ولد تكن لمنفعته.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنها اليد التي توضع على المال عينا أو منفعة بغير ولاية مع القصد إليه⁽²⁾، والملاحظ على تعريف المالكية أنهم أعطوا مفهوما مختلفا ليد الضمان لأنهم جعلوه تابعا للقصد وقسموه على ضمان للذات و ضمان للمنفعة، وبناءا على ذلك فإذا قام شخص بالإستيلاء على ملك الغير بنية الإنتفاع به فقط دون قصد تملكه يضمن مقابل تلك المنفعة فقط دون أن يكون ضامنا لذات الشيء في حالة الهلاك، فالغاصب مثلا إذا قصد بغصبه الإنتفاع بالمغصوب فقط دون أن يكون لديه نية تملكه يكون غير متعد بوضع يده على ذات المال، بحيث إذا هلك المال بسبب أجنبي دون تعد أو تقصير من واضع اليد فإنه يضمن للمغصوب منه بقدر الأجرة التي تقابل المنفعة والتي فوتها عليه، عندها فإن يده يد أمانة وليست يد ضمان، أما إذا قصد التملك فإنه يضمنه في حالة الهلاك الكلي للشيء، أما إذا كان الهلاك جزئيا فإنه يضمن على إختلاف في ذلك بين الفقهاء المسلمين⁽³⁾.

(1) لاحظ: حجة الاسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي ، قدم له و ضبطه طارق فتحي السيد ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425هـ ، 2004م ص198.

(2) لاحظ: العالم العلامة للشيخ محمد بن احمد بن عرفة النسوقي المالكي ، حاشية النسوقي على الشرح الكبير ، لشيخ أبي البركات سيد احمد بن محمد العدوي ، الشهير بالرددير ، وبالهامش تقارير العلامة المحقق محمد بن احمد بن محمد الملقب بطيش ، خرج آياته و أحاديثه ، محمد عبدالله شاهين ، المجلد الخامس ، الطبعة لثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م ، ص157-159.

(3) لاحظ: د. إيلي عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص29-31 و لاحظ: د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص592-594 بشأن إختلاف الفقهاء المسلمين حول التلف الجزئي أو للتغيير الكلي و ما يحدث في الشيء من نقصان في القيمة).

ولا شك في أن هذا الإتجاه هو إتجاه منتقد لأن القصد أمر خفي كامن في النفس غير منضبط، يتعذر الوقوف عليه أو تحديده، بحيث:
يفصح المجال للغاصب أن يدعي أنه قصد بوضع يده على ملك غيره لغرض الإنتفاع به فقط في حين يكون قصده الحقيقي غير ذلك، وقد لا يتمكن المالك من تحديد ذلك للقصد.

لا يمكن القبول بالتفرقة بين الذات والمنفعة، لأن كليهما ملازم للآخر، فمن خلال الإستيلاء على ذات الشيء يستطيع الشخص الحصول على منافعه، فالغاصب الذي يقصد الإستيلاء على ذات الشيء دون منفعته يفوت المنفعة على المغصوب منه وذلك لعدم تمكن الأخير من الإنتفاع بملكه فقد حال وجود المال في يد الغاصب بين المالك وإنتفاعه به، ثم لماذا ننظر إلى جانب المتعدي الغاصب وننظم الأحكام تبعا لقصده في الوقت الذي نتناسى فيه جانب المتعدي عليه المالك مع أنه أولى بالمراعاة، إذن يجب النظر إلى ذات الشيء ومنفعته نظرة واحدة وعدم التفرقة بينهما فيما يتعلق بضمانتهما ويجب أن نخمس النظر عن القصد ونية الشخص الذي إستولى على ملك غيره وأن نضمناه للشيء ذاتا ومنفعة⁽¹⁾.

و إذا إنتقلنا إلى نطاق القانون نجد أن المشرع العراقي قد ملك مسالك الفقه الإسلامي فيما يتعلق بتنظيم اليد على ملك الغير فحدد مفهوم كل من اليدين وذلك في الفقرة (1) من المادة (427) منه، حيث نصت على أنه: (تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه بل بإعتباره نائباً عن المالك)⁽²⁾.

(1) لاحظ: د. إيلي عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص20.

(2) و قد نقل المشرع القطري هذا النص إلى قانونه الخاص بالمواد المدنية و التجارية رقم (7) لسنة 1974، و ذلك في المادة (193) منه.

لما بخصوص نص المادة (427) الذي عرف كل من يد الأمانة ويد الضمان بتبين لنا أن المشرع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الحنفية⁽¹⁾، وقد افترض المشرع أن الأصل في اليد على ملك الغير أنها يد أمانة إلا إذا استوجب القانون ضمانها، بعبارة أخرى أن مصدر يد الضمان هو القانون لأنها إستثناء على الأصل⁽²⁾، ومما يؤخذ على هذا التعريف إعتداد المشرع على عنصر النية أي القصد للتمييز بين يد الأمانة ويد الضمان، وهي إحدى المواضع التي يلعب فيها القصد المدني دوره، فإنتفاء قصد التملك لدى واضع اليد على ملك الغير يجعل منه أميناً ويده يد أمانة، أما إذا حاز الشيء بقصد تملكه فيده يد ضمان، والنية أمر كامن في النفس ويفتقر إلى التحديد لصعوبة إثباته فضلاً عن أن إشتراط القانون في صاحب يد الضمان قصد التملك قد يساهم في تخلص صاحب اليد من ضمان الشيء وتعويض الضرر، وذلك لعدم إمكانية الوقوف على قصد التملك بسهولة فقد يدعي الشخص الذي يستولي على مال ضائع أن نيته كان إرجاع المال إلى صاحبه، بينما قد يكون قصده الحقيقي تملك ذلك المال⁽³⁾ وكان الأجدر بالمشرع العراقي ترك أمر تعريف كل من يد الأمانة ويد الضمان إلى الفقه ليتولوا ذلك.

و قد أخذ المشرع العراقي تعريف يد الضمان من الفقه المالكي وقد حدد يد الضمان على ضوء نية التملك⁽⁴⁾.

(1) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص174، هامش رقم (377) و الذي إعتد بدوره لتعريف كل من يد الأمانة و الضمان على ما أورده للفتن المدني العراقي في المادة (427) و د. إيلي عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان، مرجع سابق، ص21.

(2) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد(1)، السنة الثامنة، العدد (17)، سنة (2003)، ص80.

(3) لاحظ: د. إيلي عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان، مرجع سابق، ص(17، 18، 20).

(4) نقلاً عن : أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، بحث منشور في مجلة القانون و السياسة، تصدر عن كلية القانون و السياسة، جامعة صلاح الدين، السنة الثالثة، العدد (3)، كانون الأول، 2005، ص268.

و من خلال خلاصة وموازنة لكل الآراء والتعليقات التي إستعرضناها سواء بالنسبة للفقهاء الإسلامي أو بالنسبة لموقف القانون المدني العراقي فيما يتعلق بكل من يد الأمانة ويد الضمان ممكن أن تعرف أنواع اليد على ملك الغير كما يأتي:

1- يد الملك: هي كل يد يتوافر لصاحبها سلطات حق الملكية من إستعمال وإستغلال وتصرف وفق قواعد القانون.

2- يد الأمانة: هي كل يد على شيء يحوزه صاحب اليد بإعتباره نائباً عن مالك الشيء.

3- يد الضمان: هي كل يد على ملك الغير يستخدم صاحبها سلطات المالك عليه دون مسوغ قانوني أو شرعي⁽¹⁾.

و بذلك يكون المشرع العراقي⁽²⁾ قد أخذ من الفقه الإسلامي بمفهوم ضمان اليد وعلى غرارها قام ببيان مفهوم يد الضمان وهي كل يد يحوز صاحبها المال المملوك للغير بنية تملكه، ويد الأمانة التي تحوز المال المملوك بوصفه نائباً عن المالك.

(1) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص83.

(2) أخذ المشرع القطري بمفهوم يد الأمانة و يد الضمان و حكم وضع اليد من القانون المدني العراقي، فالمواد (192-193-194) جاءت مطابقة تماماً للمواد (426-427-428) مدني عراقي.

المطلب الثاني

طبيعة التضمين القائم على التعدي أو التعمد أو على كليهما

إن معالجتنا لطبيعة التضمين المستند على التعدي أو التعمد تتمثل في نقطة مهمة تجدر الإشارة إليها وهي أن وضع اليد قد يكون ابتداءً بطريق مشروع بعبارة أخرى يكون الشخص مأنونا له في وضع يده ولا ينسب إليه أي تعدٍ أو تعمد فسي وضع يده على مال الغير إلا أن هناك ما يدل على ضماناته لما يتلفه تحت يده من مال مملوك للغير، وذلك في بعض الحالات فقد يتأتى وضع اليد نتيجة عقد مبرم بين المالك وواضع اليد كعقد الوديعة والعارية والبيع والإجارة والرهن الحيازي، وبذلك يكون سبب وضع اليد فيه مشروعاً، وعلى الرغم من ذلك نجد أن الشارع قد أوجب الضمان فيه ومثال ذلك ما إتفق عليه الفقهاء المسلمون من ضمان البائع للمبيع إذا حبسه تحت يده بعد تمام البيع إلى أن يؤدي إليه المشتري ثمن الحال وضمان المشتري للمبيع عند اشتراط الخيار له، وأخذ للقطعة على سبيل التملك⁽¹⁾ فأذن الشارع لهؤلاء لوضع يدهم في البيع والقطعة ألا أن ذلك لا يعفيهم من الضمان، فعند هلاك كل المبيع أو بعضه في يد البائع قبل تسليمه للمشتري، فيهلك على البائع ويضمنه، ويستوي في ذلك أن يكون الهلاك بفعل البائع أو بسبب أجنبي لا دخل للبائع فيه، وينسخ البيع ويجب على البائع رد الثمن للمشتري إن كان قد تسلمه⁽²⁾، فعلى الرغم من حسن نية البائع إلا أنه ضامن لما يتلف تحت يده ولو لم يصدر عنه أي إعتداء على حق الغير.

وقد يكون وضع يد الضمان ابتداءً بطريق غير مشروع كما لو جاء وضع اليد على مال الغير نتيجة السرقة أو الغصب، فسبب نشوء الضمان أو طبيعة الأسباب المفضية للضمان ولتي تنسم بكونها تتمثل في أعمال غير مشروعة تجعل غالباً من

(1) مستنول للقطعة كجدي تطبق يد الضمان، و ذلك في الفصل الرابع من هذه الرسالة إن شاء الله فتحيل إلى هناك.

(2) لاحظ: الشيخ على الخفيف، المعاملات، مرجع سابق، ص(440-445).

الضامن سيء النية لأنه قد وضع يده عليه وجعله في حيازته بنية تملكه، وتوصف هذه النية بأنها نية سيئة، بعبارة أخرى فهي قصد مني سيء، وذلك لتوافر عنصر العلم والإرادة فيه مع القدرة لإحداث نتائجه، لأن إرادة الفاعل فيه قد توجهت إلى الاعتداء على حقوق الغير مع إرادته إحداث نتيجة ذلك الفعل⁽¹⁾، فقصد التملك هنا يدل على عدم جهالة صاحب يد الضمان بحق غيره على المال الذي يحوزة⁽²⁾.

إذن، قد يؤدي القصد المدني السيء دوره لابتداء منذ وضع اليد على المال في بعض الحالات كما في النصب والسرقة، لأن هؤلاء حائزون سيئو النية، وأرادوا من وراء وضع يدهم أي حيازتهم للشيء الإعتداء على حقوق الغير، فهم على علم أنهم ليسوا بذئ حق على هذا المال الذي في حيازتهم، وعلمهم بهذه الحقيقة يجعل منهم سيئي النية ويأخذ أفعالهم صفة الصمد لأنهم على علم تماماً بأن ملكية المال غير عائدة لهم بل هو ملك لشخص آخر ومع ذلك يتجه بإرادته لوضع يده على ذلك الشيء بقصد إحداث نتيجة معينة وهي تملك ذلك المال⁽³⁾ فقد ذكرنا أن الضمان أو سبب وضع اليد ينشأ في الغالب عن أعمال غير مشروعة، بعبارة أخرى، أن الأعمال المقتضية للضمان، تكون في الغالب عمدية ألا أن هذه الصفة ليست من مستلزماتها على الإطلاق⁽⁴⁾.

وقد يضع للشخص يده على مال غيره أمانة، أي نيابة عن مالكه فيكون حائزاً حسن النية دون أن يكون لديه نية تملك ذلك المال الذي بحوزته فهو على بينة تامة أنه ليس بذئ حق على ذلك المال ويعلم أن الشيء الذي تحت يده لا حق له فيه⁽⁵⁾،

(1) المادة (1098) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص(114، 115).

(3) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص(80-81).

(4) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية، مرجع سابق، ص117.

(5) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص81.

مع ذلك فإن يد الأمانة قد تتحول أي تنقلب إلى يد الضمان، وقد يكون لقصد الشخص دخل في تحول صفة اليد من أمانة إلى يد ضمان عندما تتغير نية واضع اليد إلى تملك ذلك الشيء بدلا من أن يستمر ككاتب عن المالك، فالوديعة يده يد أمانة على الوديعة وهو يحوزها بوصفه نائباً عن المودع، فإذا تحولت نيته إلى تملك الوديعة دون أن يكون له أي حق في ذلك، تحولت يده إلى يد ضمان وكذلك الحال بالنسبة للمستأجر والمستعير والمرتهن رهنا حيازيا والملقط وغيرهم، ويتم تحول صفة اليد من يد أمانة إلى يد ضمان منذ تحول نية صاحب اليد⁽¹⁾، ألا أن اليد لكي توصف بأنها يد أمانة لم يد ضمان لا تظهر على الحيازة منذ ابتدائها، بل هو مقترن بالنية، وهذه النية غير مستقرة على الدوام فتتغير بين فترة وأخرى، مما أثر على تحول اليد من يد أمانة إلى يد ضمان ومن يد ضمان إلى يد أمانة حسب النية⁽²⁾.

و إذا ما حاولنا أن نبين موقف المشرع العراقي، نحاول أن نرسم إطار الموضوع من خلال عناصر القصد المدني، القائم على العلم والإرادة وذلك من خلال نص المادة (1148) منه والتي تنص على أنه:

1- يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، وحسن النية تفترض دائما، ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك.

2- ولا تزول صفة حسن النية لدى الحائز، إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالما أن حيازته إعتداء على الغير).

فقد عرفت هذه المادة الحائز حسن النية بأنه الذي يضع يده على الشيء بغير قصد التعدي على حق الغير، فإعتقاده أنه المالك له، هو الذي دفع به لكي يضع يده عليه، في حين أن صاحب يد الأمانة عندما يضع يده على شيء إنما يضعها بإعتباره نائباً عن المالك ولا ينبغي من وراء وضع يده على ذلك الشيء تملكه، لأنه

(1) لاحظ: د. إيلي عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص 135.

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. بولاف حازم خالد، مرجع سابق، ص 82.

يعلم جيدا أنه ليس بملك لهذا الشيء، كما عرفت الحائز شيء الفدية بأنه الذي يضع يده على الشيء بقصد التعدي على حق الغير، لأنه يعلم جيدا أنه ليس بذئ على هذا الشيء، وهذا القول يقترب من مفهوم يد الضمان، لأن صاحب هذه اليد إنما يجب أن يحوز الشيء بقصد تملكه في ظل القانون المدني العراقي، بعبارة أخرى يعلم جيدا أنه يعتدي على حق الغير⁽¹⁾.

إذن، فإن نية تملك مال الغير يشكل بحد ذاته إعتداء أخذ صفة العمد لقصد الشخص القائم على العلم والإرادة، والمتجه نحو تملك ذلك المال، إلا أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال أن نية التملك هي الحالة الوحيدة التي اعتمدها المشرع كمعيار أو كأساس لقيام الضمان، فهاهو المشرع يؤكد في كثير من النصوص أن يد الأمانة تتحول بالإعتداء إلى يد ضمان بعيدا عن قصد التملك، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (427) مدني عراقي على أنه: (تتقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه)⁽²⁾.

فهذا النص يضع لنا المعيار العام في تحول يد الأمانة إلى يد ضمان، ولم يعتد هذا النص بقصد التملك⁽³⁾، فقد أكد على أن اليد تتقلب إلى يد ضمان، سواء أكان صاحب اليد ينوي تملكه، أم كان لا ينوي سوى الحجز⁽⁴⁾.

والإعتداء هو أن يضع الشخص يده على مال غيره بدون إذن منه، أو من الشارع، أو إذا استولى شخص على مال مملوك لغيره ظلما، أو حال بينه وبين الإنتفاع به، فإنه يعد تعديا، مما يؤدي إلى إستقرار الضمان عليه، كالغصب

(1) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد، مرجع سابق، ص 81.

(2) لاحظ: المادة (193) مواد مدنية و تجارية قطري.

(3) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 271.

(4) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مرجع سابق، ص 127.

والسرقة وخيانة الأمانة، كما أن الإهمال والتقصير في حفظ مال الغير يعتبر إعتداء⁽¹⁾.

وقد أكد المشرع العراقي على الإعتداء كأساس لقيام الضمان في نصوص مواد كثيرة أخرى فتتحول يد الأمانة إلى يد ضمان⁽²⁾، فكما أكد المشرع على حالات تحول يد المدين من يد أمانة إلى يد ضمان، فقد أكد على أن اليد تكون يد ضمان ابتداءً فيكون الإعتداء ابتداءً، لكونها حازت مال الغير ظلماً دون نية تملكه، أو بنية التملك، مثال ذلك نصوص المواد (192-200) والذي نظم المشرع فيه أحكام الغصب⁽³⁾.

كما أن المشرع وإستثناء من يد الضمان لم يعد بقصد التملك في المادة (233) الخاصة بالمقبوض دون حق، فالقابض لغير المستحق يسلم ما قبضه بقصد تملكه على الرغم من أنه حسن النية، ومع ذلك فإن القانون يعد يده على ما قبضه دون وجه حق يد أمانة، وتتقلب إلى يد ضمان في اليوم الذي أصبح فيه سيء النية، وهذه المادة متوافقة مع ما هو وارد في المادة (1148) من القانون المدني العراقي. مما تقدم يتبين أن المشرع العراقي قد جعل الإعتداء على ملك الغير، هو الأصل الذي تقوم عليه يد الضمان سواء قامت نية التملك أو انتفت، سواء كان الإعتداء ابتداءً فتكون اليد يد ضمان ابتداءً، أم كان لاحقاً فيحول يد الأمانة إلى يد ضمان أو يحول يد الملك إلى يد ضمان كما في يد البائع قبل التسليم، وللإعتداء على ملك الغير صور كثيرة، منها الإستيلاء على الشيء المملوك للغير ظلماً كالغصب والسرقة وأخذ المال الضائع، ومنها التصرف في الشيء المملوك للغير تحت يد

(1) لاحظ: د. نيلي عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد لضمان في نفعه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سبق، ص 23.

(2) لاحظ على سبيل المثال المواد: (764)، (854)، (855)، (950)، (956)، (954)، (957) و (958) من القانون المدني العراقي.

(3) سنتناول الغصب كإحدى تطبيقات القصد المدني في الفصل الرابع من هذه الرسالة إن شاء الله، فنحيل إلى هناك.

الأمانة تصرفا موصوفا بالإعتداء، سواء أكان التصرف ماديا لم قانونيا، كالبيع والإيجار والعارية والرهن دون إذن من المالك، وعليه يكون الفاصل بين يد الأمانة ويد الضمان ابتداء وإستمرارا هو الإعتداء، دون أن ينص المشرع على ذلك صراحة⁽¹⁾.

(1) د. ليلى عبدالله سعيد، يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص(24، 31).

المبحث الثاني تحديد نطاق التضمن على أساس التعمد والتعدي

يستلزم تحديد نطاق تضمين اليد المرتكز على التعمد والتعدي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبيين في الأول حالات التضمن في غير حالات اليد ونخصص المطلب الثاني لبيان حالات تضمين اليد في غير حالات التعمد والتعدي.

المطلب الأول حالات التضمن في غير حالات اليد

بيننا فيما سبق أسباب الضمان وما جاء به الفقهاء المسلمون في هذا الشأن يبين المملك الذي اتبعوه في تحديد الأسباب المقتضية للتضمن، حيث وجدنا أن كل واحد منهم يذكر الأسباب التي يراها موجبة للضمان، وهذا المملك لا يخلو من الصعوبات ويكتنفه العديد من الغموض، والسبب في ذلك أن تصديهم للموضوع جاء في مناسبات متفرقة وتتأثر في أبواب فقهية متعددة، فلا يعرف هذا الفقه الكبير النظريات العامة، وهكذا نجد لديهم آراء وإجتهادات مختلفة⁽¹⁾.

وإذا أردنا أن نجمع ما ذكره للفقهاء في هذا الشأن، على ضوء التقسيمات التي أوردناها في السابق نجد بأنهم قد ذكروا إلزام الشارع والعقد، كما ذكروا الإعتداء والغصب والإتلاف، ويذكر البعض الآخر اليد والشرط والحيلولة بين المال وصاحبه والغرور، وأضاف البعض المباشرة والتسبب، كما نجد بأنهم عدوا التفويت والتعيب والتغيير كأسباب للضمان.

وبذلك نخرج بنتيجة مفادها أن ما عدا إلزام الشارع والعقد، تعد جميع الأسباب الأخرى متداخلة في بعضها البعض، لأن المباشرة والتسبب يندرجان تحت الإتلاف

(1) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص 9 و د. محمد أحمد مراح، مرجع سابق، ص 256.

فيجمعهما الأخير، ومن هذا القبيل أيضاً الغصب التي تدخل تحت وضع اليد التي ليست بمؤتمنة⁽¹⁾.

و لإختلاف الكاتبين والباحثين في وجهات النظر، تأثر بعض منهم بتقسيم فقهاء معين وعالج موضوع أسباب الضمان في إطاره، وذلك تجنباً لحدوث أي خلط بسبب تدخل هذه الأسباب بعضها في بعض⁽²⁾.

لكن من الواضح أن سبب الخلط هذا هو إختلاف ظاهري يشمل الإختلاف في الألفاظ المستخدمة للتعبير عن الموضوع ولا يتعداه إلى المضمون، بحيث يمكن إزالته وذلك من خلال جمع كل هذه الأسباب تحت عنوان جامع يستوعب الموضوع⁽³⁾؛ ونحن بدورنا تناولنا وضع اليد في موضع سابق من هذه الرسالة⁽⁴⁾ فبقي العقد والإتلاف سنتناولهما تباعاً لأن هذين السببين مع وضع اليد تكاد تكون متفقاً عليها بين الفقهاء، وهناك أسباب أخرى أشار إليها بعض الفقهاء وهي الحيلولة والتفريط ومن أجل التعرف عليهما سنتناولهما بالشرح أيضاً.

أولاً: العقد :

أن العقد رابطة يجمع بين عاقلين على أساس التراضي بينهما، وبذلك يكون ملزماً لعاقديه بحيث يتوجب عليهما تنفيذه بالشكل الذي يرتب الآثار المرجوة منه، والذي تعاقدا لأجله الطرفان، لأن العقد بطبيعته يقتضي أحكاماً خاصة منها سلامة المعقود عليه من العيب والإستحقاق أو يقترن بشرط لأحد العاقلين أو كلاهما، سواء

(1) لاحظ : د. سليمان محمد أحمد ، مرجع سابق ، ص44.

(2) فقد تأثر الدكتور محمد أحمد مراج بتقسيم القرافي، حيث يقول أنه تقسيم يتسم بالمرونة و يستوعب كل الجزئيات المتعلقة بأسباب الضمان، كما يقوم بتفسير جميع الفروع الفقهية الواردة في هذا الصدد، لذا رآه صالحاً لكي يتخذ كأساس جيد للتقسيم الذي يتبعه في دراسته حيث قسم موجبات الضمان إلى : 1- الغصب 2- الإتلاف للمال والبدن بالمباشرة والتسبب 3- التصرف. للتفاصيل أكثر لاحظ مؤلفه ضمان العودان، مرجع سابق، ص256 وما بعدها.

(3) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص(9، 10).

(4) لاحظ: الفرع الأول من المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذه الرسالة.

صرح به في صلب العقد أو جرى به العرف، فعدم وفاء المتعاقد بما تقتضيه طبيعة العقد بأن ظهر فيه بعد القبض عيب أو إستحق للغير أو عند إحلاله بما يتطلبه الشرط وعدم قيامه بتنفيذ إلتزامه على الوجه المتفق عليه تتحقق به ضمان العقد ويكون المتعاقد ضامناً⁽¹⁾.

ونجد إنقساماً بين الفقهاء فيما يخص مدى إمكانية مقابلة ضمان العقد بالمسؤولية العقدية في القانون إلى إتجاهين متناقضين:

الإتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الإتجاه⁽²⁾، أن الفقه الإسلامي لا يكاد يعرف فكرة المسؤولية العقدية على النحو المعروف في فقه القوانين الوضعية، فمصطلح أو تعبير (ضمان اليد) هي غير (المسؤولية العقدية) في القانون من وجهة نظرهم، ويرجع بعضهم عدم إتفاق المصطلحين في المعنى والمضمون إلى قصر معنى التعويض في الفقه الإسلامي على الضرر المالي الواقع والمتعلق بأعيان الأموال لا منافعها، بناءً على أن فكرة الضرر في هذا الفقه محدودة وضيقة إذا ما قورن بمفهومه القانوني، ويضيف أنه يشترط في الضمان في هذا الفقه أن يكون المضمون مالاً متقوماً في ذاته، وأن توجد المماثلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلاً عنه، ولذلك لا تعويض عن المنافع ولا عن العمل إلا في إستثناءات محدودة، ومن باب أولى لا تعويض عن أية خسارة تحملها الدائن أو عن أي ربح فاته إذا لم يوجد مال متقوم في ذاته ضاع على الدائن، فيأخذ من المدين مثله أو قيمته، بينما إذا إنتقلنا إلى نطاق القانون نجد أن الفقه القانوني يعوض عن كل ضرر مادي أو أنبسي،

(1) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص63، د. سليمان محمد أحمد، مرجع سابق، ص47.

(2) د. عبدالرزاق أحمد المنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، الطبعة الثانية، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص138. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، الجزء الأول، دار وائل للنشر، عمان، 2006، ص52، الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص20. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص82، المحامي خليل أحمد الأرباح، المسؤولية التصيرية عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة الأولى، دار رباح للنشر والتوزيع، مصراته، ليبيا، 1995، ص(25، 27).

ويشمل التعويض في الضرر المادي ما يحمله الدائن من خسارة وما فاتته من ربح، سواء كان ذلك عن منفعة أو عن عمل أو عن أي أمر آخر⁽¹⁾.

فكرة الضرر في الفقه الإسلامي فكرة ذات طابع خاص، مما له أثره الملحوظ في تمييز الفقه الإسلامي عن بقية القوانين الوضعية، لاتبنيه كانت أو جرمائية أو أنكلوسكسونية، لأن محور إهتمام هذا الفقه ينحصر في الضرر المادي الذي يحدث تغييراً في الزمة المالية للإنسان فيصيبه بالنقص، والمقصود من ذلك أن التعويض أو الضمان عند فقهاء الشريعة يكون كنتيجة ضرر مادي أصاب المضرور.

إذا فإن هذا الفقه لا يعرف المسؤولية العقدية على غرار ما هو موجود في الفقه الوضعي، فضمان العقد في الفقه الإسلامي لا يخرج عن كونه بحثاً لتحديد (تبعه الهالك) مما يعني أن الشريعة الإسلامية تعرف التعويض عند استحالة التنفيذ الناتج عن هلاك الشيء فقط، أما غيره من الأحوال فلا يشملها التعويض بل يكون هناك مجال للفسخ فقط وبالتالي لا علاقة له بالمسؤولية العقدية⁽²⁾ له بالمسؤولية العقدية.

وفي هذا السياق يرى بعض الفقهاء⁽³⁾ أن أحكام الفقه الإسلامي لا يعوض عن عدم تنفيذ العقد أي الإمتناع عنه أو التأخر في تنفيذه ويوضح وجهة نظره هذه بالتفريق بين أن يكون المعقود عليه مالاً أو عملاً، فإن كان مالاً، كما لو إستحق المبيع إذ تشغل ذمة الضامن بالثمن، ففي هذه الحالة بإمكان الطرف المتضرر جراء الإمتناع عن التنفيذ أو إستحقاق المبيع اللجوء إلى للقاضي لإجبر التعاقد الآخر على الوفاء بما عليه من إلتزامات وينفذ على ماله بالطرق المشروعة في التنفيذ للوفاء بالدين، وإذا ظهر إعساره فنظرة إلى ميسرة، وبالتالي لا يحكم عليه بالتعويض عند عدم الوفاء أو تأخير التنفيذ وإن أصاب ذلك الدائن بضرر. أما إذا كان الضمان

(1) عبدالرزاق أحمد السنيهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 168.

(2) لاحظ: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، مرجع سابق، ص 61،

د. محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص (34، 35).

(3) الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص (17، 18، 20).

متعلقاً بفعل أي بصل، كما في إلتزام الأجير بالعمل وكما في الإلتزام بتسليم العين، وإمتنع المتأزم عن الوفاء، فإنه يجبر عليه ويحمل على ذلك بما يراه الحاكم من تعزيز جزاء على ذلك ولا يحكم عليه بالتعويض بسبب ما ترتب من ضرر على عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

ويجد هذا الرأي تبريره في أن وجوب التضمنين بالمال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، بتلف بعض ماله أو نقص قيمته، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد المال، فلم يشملته الفقه الإسلامي بالتعويض، وهو أمر لا تبيحه القواعد للفقهية والأصول الشرعية التي تقتضي بأن أخذ المال لا يكون إلا تبرعاً أو في مقابلة مل أخذ أو تلف، وإلا كان لكلاً له بالباطل⁽¹⁾.

ومرد هذه الآراء السابقة كما يتبين لنا يرجع إلى قصر بعض الفقهاء⁽²⁾ ضمان العقد على ما عين في صلب العقد من مبيع أو معلوم فيه أو أجرة أو ثمن صلح، وما يعد من توليحه كالمأجور في الإجارة أو المستعار في الإعارة التي تكفل في ضمان اليد، بعبارة أخرى إن ضمان العقد لا يكون إلا فيما نص عليه في العقد، أما ما هو غير وارد في العقد وخارج عن صلبه فهو يضمن ضمان يد أم يتلاف بحسب الأحوال.

(1) غير أنهم ألزموا الأجير الذي إمتنع عن القيام بما إلتزم به من عمل وأدى ذلك إلى تلف مال من إبتاعه و كان عمل الأجير وقاية له، فلزموا بدفع التعويض مقابل ما أتلفه، كما لو إبتاعه لترميم جدار فأمتنع عن القيام بذلك و ترتب على إمتناعه سقوط الجدار، فإمتنع عن القيام بذلك و ترتب على إمتناعه سقوط الجدار، فيلزم الأجير بدفع التعويض، و سبب إلتزامه هذا هو من قبيل ضمان الإلتلاف تسبباً، فسقوط الجدار لم يكن أثراً للعقد، بل كان أثراً لإمتناعه الذي صار به متعدياً، لذا فإن سبب التعويض في هذه الحالة هو الإلتلاف تسبباً وليس العقد، للتفصيل أكثر لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص(18، 20).

(2) الإمام جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والمجلد الثاني، مرجع سابق، ص220. وهناك من الفقهاء من عارض هذا الرأي وقام بمناقشته وبين أن المقصود بضمان العقد هو ضمان محل العقد وتوليحه وما يلزم لإستيفائه وبالتالي فهو غير مقتصر على ما عين في صلب العقد فقط للتفصيل أكثر لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مرجع سابق، ص66.

الإتجاه الثاني: على خلاف الرأي الأول توسع أصحاب هذا الإتجاه⁽¹⁾ من نطاق

المسؤولية العقدية في الفقه الإسلامي، حيث يرونها واضحة المعالم والدلالات والأحكام في باب ضمان العقد⁽²⁾ فهذا للفقه قد عرف ضمان العقد بمفهوم يقترب أو يبتعد قليلاً عن مفهوم المسؤولية العقدية في التفكير القانوني، ولعل سبب إشارة البعض لهذا الموضوع وإنكارهم له بهذا المفهوم راجع إلى رغبتهم في إفتعال المخالفة بين الفقه والقانون، إذ تصعب الإشارة إلى أي سبب آخر لهذا الإنكار⁽³⁾ فأصحاب الرأي الأول قد إستندوا في بناء إتجاههم الفكري هذا بخصوص ضمان العقد على ضيق مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي، ألا أن هذا الإعتقاد غير صحيح تماماً، فيمكن أن نجد في هذا الفقه الكثير والعديد من القواعد الفقهية والتي تكفل إلزام العقائد بضمان هذا الضرر والرد على هذه التحليلات، فالإحاطة بالمدى الذي وصل إليه تعويض الضرر في الفقه الإسلامي ومدى مرونة قواعده يمكن تحقيقه من خلال عرض الأسانيد الشرعية الآتية⁽⁴⁾:

فقد ورد في القرآن الكريم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)⁽⁵⁾ مما يفيد إعطاء الشارع الكريم قوة إلزامية للعقد وأوجب الوفاء به وبعبارة فالإمتناع عن الوفاء به وتنفيذه يعد من قبيل التعدي الموجب لضمان الضرر الناشئ عنه.

(1) د. محمد أحمد سراج، مرجع سبق ذكره، ص 77 وما بعدها، و أيضاً كتابه نظرية العقد والتصف في إستعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، ألكندرية، 1998، ص 244 و ما بعدها. د. محمد عليوي ناصر، مرجع سابق، ص 31.

(2) لاحظ: د. محمد عليوي ناصر، المرجع السابق، ص 31.

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، مؤلفه ضمان العودان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 83.

(4) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

(5) المائدة / 1.

وما ورد على لسان النبي (صلى الله عليه وسلم): (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹⁾، فقد بلغ صيغته العموم في هذا الحديث جداً بحيث يصلح لأن يكون عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في طريق تقرير الأحكام الشرعية⁽²⁾، فهو قد أصبح قاعدة كلية⁽³⁾.

أما بخصوص تضمين العين والمنفعة معاً، فقد دار حوله جدل فقهي كبير، وقد ذهب الفقهاء في ذلك إلى مذهبين، فلم يعد أئمة الحنفية المنافع أموالاً، لأنها ليست ذات وجود مادي إنما هي أعراض متجددة تحدث شيئاً فشيئاً، أي أن بعد أن على مر الزمن، وبالتالي قصرُوا الضمان على الأعيان فقط دون المنافع، وعليه فإنه لا يمكن أن يكون محلاً للغصب، ولا تضمن بالتلف ضمان اليد⁽⁴⁾ وأقوى أدلة الأحناف بخصوص عدم ضمان المنافع حديث رسول الله (صلى الله عليه وسلم): (الخارج بالضمان)⁽⁵⁾ في حين عد جمهور فقهاء الشافعية والحنابلة المنافع المتقونة

(1) لقد سبق تخريجه في الصفحة (40) من هذه الرسالة.

(2) لاحظ بشأن هذا الحديث وما يتفرع منها من القواعد: د. مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، الطبعة العاشرة، مطبعة طربين، دمشق، 1968، ص 977 و ما بعدها.

(3) المقصود بالقواعد الكلية للقواعد الأصولية، فهي تلك القواعد التي لم تدخل قاعدة منها تحت قاعدة أخرى وإن خرج منها بعض الأفراد، لاحظ بشأن تفصيلها د. أسامة عبد العظيم فرج الشيخ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، مرجع سابق، ص 23.

(4) غير أن المنافع يمكن تقييده من خلال عقد الإيجار لدى الحنفية وقد أوردوا هذا الاستثناء على خلاف القاعدة العامة إبتصاناً وبحكم الضرورة وذلك لشدة حاجة الناس إليها، للتفصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ: أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل المرخسي الحنفي، المبسوط تحقيق أبي عبدالله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، قدم له الدكتور كمال عبدالعظيم المناني المجلد الثامن الإجراء (15-16) دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، 2001، ص (82-83).

(5) أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني الشهير بـ(إبن ماجه)، سنن بن ماجه، حكم على أحاديثه وأثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصرالدين الألباني، إعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، كتاب الإيجارات، باب الخارج بالضمان، حديث رقم (2242)، ص 385.

لأولاً وذلك على حد سواء مع الأعيان⁽¹⁾، ولا يمكن إعتبار المذهب الحنفي في عدم ضمان المنافع كإتجاه سائد في الفقه الإسلامي نظراً لتعرضه لانتقادات شديدة⁽²⁾؛ لأن فيه إهداراً للحقوق ومجافاته للمصلحة وعدم إنسجامه مع الواقع لذا فلن رأي الجمهور هو الأعدل والموافق لمجرى المنطق⁽³⁾ وذلك لأن (المنافع هي الغرض الأظهر من جمع الأموال)⁽⁴⁾.

(1) فرق فقهاء الشافعية بين المنافع المتقومة و غير المتقومة و أوجبوا الضمان في المنافع المتقومة فقط دون الأخرى، و هو كل ما أجاز الشارع الإنتفاع بها، أما المنافع غير المتقومة فلم يجز الشارع الإنتفاع به كآلات الطبل والملاهي، للتفصيل حول هذا الموضوع أكثر لاحظ: أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، إعتنى به المكتب العلمي للتراث، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار البيان العربي، الأزهر، 2002، ص123. كما و أن الحنابلة قد فرقوا بينهما ألا أنهم إستندوا إلى العرف في تحديد و تمييز ما هو متقوم عما هو غير متقوم، للتفصيل أكثر لاحظ: منصور بن يوسف بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، حققه على نسخة خطية و خرج أما دينه و علق عليه الشيخ محمد عدنان ياسين درويش، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت-نبنان، 1999، ص(108، 109). د. محمد أحمد سراج، ضمان الحوان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص186.

(2) لاحظ: د. منير القاضي، شرح المجلة، مرجع سابق، ص42. د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص121، و قد أخذ القانون المدني العراقي برأي الجمهور في ضمان المنافع و ذلك في المادة (240) منه و نظراً لهذا النقد الذي تعرض له المذهب الحنفي إستنتى متأخرو الأحناف من القاعدة الأصلية مال اليتيم والوقف والمعد للإستغلال و استتركوا أن هذه الأموال قد تكون عرضة للخطر أكثر من أي مال آخر و لفتوا بوجوب ضمان المنافع فيها، للتفصيل أكثر لاحظ: برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرحاً بديلة المبتدي، حققه و علق عليه و خرج لأحاديثه على مخطوطتين كاملتين محمد محمد تاجر وحافظ عاشور حافظ، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، دار السلام، ألكندرية، 2006، ص1388. منير القاضي، مرجع سابق، ص(42، 43). أما المالكية ظهم رأيهم الخاص في الموضوع، لأنهم قالوا بالتفرقة بين النصب والتدني. للتفاصيل أكثر لاحظ : الامام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي ، الذخيرة في فروع المالكية ، مرجع سابق ، ص97-98.

(3) لاحظ: د. منير القاضي، شرح المجلة، مرجع سابق، ص42.

(4) لاحظ: عبدالعزيز بن عبد السلام السلمي، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، ص123.

قد تكون هنالك حالات يكون التنفيذ العيني الجبري فيها أحياناً غير ذي جدوى لإزالة الضرر، كما لو ترك الأجير للزراع دون سقي حتى ييس وجف فلان إجباره على السقي أو إستئجار غيره على نفقته لا يصلح لرفع الضرر الواقع، لذا يجب التعويض في مثل هذه الحالات⁽¹⁾.

كما ويلزم الماطل أو المترخي في تنفيذ العقد بتعويض الضرر الذي تسبب فيه، بشرط ألا يكون معنوياً في هذا التأخير وألا يكون الضرر الذي أحدثه معتاداً، وهنالك الكثير من التطبيقات الفقهية الواردة في هذا الصدد والذي يؤكد هذا الكلام، لأن التنفيذ المعيب للعقد يستوجب رفع الضرر الناشئ عنه وضمائه أيضاً مثاله ما جاء في المادة (658) من مجلة الأحكام العدلية والتي جاءت فيها (لو غر واحد آخر ضمن عقد المعاوضة ضمن ضرره، مثلاً لو إشتري عرضة وبنى عليها ثم إستحققت وضبطت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم، وهذه المادة تأكيد على أن التنفيذ المعيب للعقد يوجب ضمان الضرر الذي تسبب فيه وذلك من خلال إعطاء الخيار للمتضرر فسخ العقد وبين الحط عنه من العوض ما يماثل الضرر قصداً لإزالته وتحقيقاً للعدل للذي هو أحد الأسس الراسخة للتعاقد في الشريعة⁽²⁾.

كما وأن القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) قد إختارت مصطلح (ضمان العقد)⁽³⁾ الفقهية لكي يعبر من خلاله عن مسؤولية المتعاقدين عن الأضرار الناشئة بإمتناعهم عن تنفيذ ما إلتزموا به من عقود أو تنفيذها تنفيذاً معيباً.

(1) المادة (612) من مرشد الحيران، أشار إليه د. محمد أحمد سراج في مؤلفه ضمان العودان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 78.

(2) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، ضمان العودان في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 186.

(3) لاحظ: المادتان (168، 169) من القانون المدني العراقي فقد إستخدم المشرع مصطلحي (المسؤولية العقدية) و (ضمان العقد) كمرادفين وذلك في البند الثالث من الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من القانون المدني العراقي.

كل ما ذكرناه سابقاً يؤكد على سعة وشمولية مفهوم الضرر فهي ليست بفكرة ضيقة كما رآها أصحاب الاتجاه الأول وقد لاقى هذا الرأي الذي إستمر ضناه سابقاً قبولاً وترجيحاً لدى بعض الفقهاء⁽¹⁾ على الآراء الأخرى وذلك لقوة سنده وتحقيقه لمصالح الشرع من حفظ لحقوق الناس وترسيخ للأمانة والثقة في التعامل فضلاً عن أنه يؤدي رواج الأموال كما وأنه يشكل دعامة لمبدأ إستقرار المعاملات⁽²⁾.

وبما أننا نناقش موضوع ضمان العقد مما يحتم علينا أن نشير إلى تصنيفات الفقهاء المسلمين للعقود بالنظر إلى الضمان من عدمه حيث قسموه إلى ثلاثة أقسام⁽³⁾:

أولاً: عقود ضمان: وهي العقود التي يكون فيها قابض المال ضامناً له بناءً على تنفيذ العقد بشكل مطلق ولو لم يصدر عنه أي تعدٍ أو تقصير، فما يصيبه من تلف ولو بأقفة مساوية يترتب عليه ضمانه، بعبارة أخرى فإن مجرد تلف العين وإن لم يوجد أي تعدٍ يكفي بحد ذاته لإستقرار الضمان على صاحب اليد⁽⁴⁾ ومن هذه العقود البيع⁽⁵⁾، القسمة، الصلح عن مال بمال.

(1) لاحظ: د. سعد خليفة العبار ، ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة دراسة فقهية مقارنة ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، ط1، 1999م ص244.

(2) لاحظ: د. سعد خليفة العبار ، المرجع السابق، ص244.

(3) لاحظ: بشأن هذه التقسيمات : د. مصطفى احمد الزرقاء ، لفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الأول ، طبعة تسعة منقحة و مزيده ، مطابع لف باء الاديب ، دمشق ، ص979-983.

(4) لاحظ: لامة عبدالعليم فرج الشيخ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص21.

(5) و قد أخذ المشرع العراقي بحكم الضمان في عقد البيع في المادة (547) و توسع في يد الضمان إذ جعلها الأصل في جميع عقود المعاملات و ذلك في المادة (179) منه و قد جاء و أكد الأمر في العقود الناقلة للملكية في المادة (428) و هذه المادة الأخيرة مطابقة مع ما ورد في نص المادة (194) مدني قطري حيث إقتبسه الأخير من القانون المدني العراقي و قد أخذ المشرع الأردني في المادة (500) لضمان المبيع في عقد البيع حيث نصت للفقرة الأولى من المادة (500) منه على أنه: (و إذا ملك المبيع قبل التسليم بسبب يد لأحد المتبايعين فيه إنسخ البيع وإسترد المشتري ما آذاه من الثمن).

ثانياً: عقود أمانة: وهي العقود التي يكون فيها قابض المال أميناً لحساب صاحبه، ولا يترتب عليه أي ضمان عما يصيبه من تلف بمجرد القبض إلا إذا صدر منه تعد أو تقصير في الحفظ، فعقود الأمانة لا يجعل من واضع اليد ضامناً إلا بتعديه، لأن منشأ الضمان في هذه العقود هو التعدي وليس تلف المال، بمعنى آخر فإننا لا نحتاج إلى تلف المال حتى نقر بضمان صاحب اليد بل تعديه يجعل منه ضامناً وإن بقي المال على حاله دون تلف، وعليه فلو تلف المال في يد صاحب يد الأمانة بدون تعديه لا يضمن⁽¹⁾ ومن أمثلتها عقود الإيداع⁽²⁾ أو الإعارة⁽³⁾ والشركة بأنواعها⁽⁴⁾ والوكالة⁽⁵⁾ والهيبة في حالة الرجوع⁽⁶⁾ وعقد العمل⁽⁷⁾.

ثالثاً: عقود مزدوجة الأثر: وهي العقود التي تنشأ الضمان من جهة والأمانة من جهة أخرى وهي تنحصر في ثلاثة عقود: الإجارة⁽⁸⁾، الرهن⁽¹⁾، الصلح عن مال بمنفعة⁽²⁾.

(1) لاحظ: د. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 174-175.

(2) لاحظ: المادة (951) من القانون المدني العراقي حيث إعتبر المشرع العراقي الوديعة أمانة في يد الوديع، تقابل المادة (872) من القانون المدني الأردني .

(3) لاحظ: المادة (857) من القانون المدني العراقي حيث عد المشرع المستعار أمانة في يد المستعير تقابل المادة (764) من القانون المدني الأردني .

(4) لاحظ: الفقرة الثالثة من المادة (1062) حيث عد المشرع حصة كل شريك أمانة في يد الآخر.

(5) لاحظ: المادة (935) من القانون المدني العراقي والذي يشير إلى أن أحوال الموكل أمانة في يد الوكيل، تقابل المادة (846) من القانون المدني الأردني .

(6) لاحظ: المادة (652) من القانون المدني العراقي، فإذا رجع الواهب عن هبته يكون حينئذ للموهوب أمانة في يد الموهوب له.

(7) لاحظ: الفقرة (د) من المادة (909) من القانون المدني العراقي، حيث يلتزم المشرع العامل في المحافظة على أموال رب العمل و عده أمانة في يده و لا يضمن إلا بتعديه ، تقابل المادة (817) من القانون المدني الأردني .

(8) لاحظ: المادة (764) من القانون المدني العراقي حيث عد المشرع العين المأجورة أمانة في يد المستأجر، ألا أنه و بمجرد تمكنه من إستيفاء منافعها تد مضمونة عليه و ذلك بالتسليم الفعلي للمأجور أو بالتخلية، فيضمن قيمتها و إن لم ينتفع بها المستأجر، والمادة (692) من القانون المدني الأردني.

وإذا ما أردنا إجراء مقارنة بين الإتجاهين السابقين بخصوص مدى مقابلة ضمان العقد بالمسؤولية العقدية في القانون وترجيح لأحدهما على الآخر نجد أن الإتجاه الأول هو الإتجاه المرجح لأن ضمان العقد في الفقه الإسلامي ذات نطاق ضيق، والمراد منه ضمان مال تلف بناء على عقد يقتضى الضمان⁽³⁾، في حين أن المسؤولية العقدية عبارة عن الجزاء الذي يربته القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ إنترامه التعاقدية⁽⁴⁾ فالتعويض فيها غير مقتصد على مال تلف فقط بل يشمل التعويض عن ضرر نشأ جراء عدم قيام المدين بتنفيذ الإنترام العقدي العقلي على عاتقه.

ولا ينحصر إجراء المقارنة بين ضمان العقد والمسؤولية العقدية في نطاق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، لا بل يشمل إجراء المقارنة في نطاق القانون نفسه أيضاً، فضمن العقد في القانون يختلف عن المسؤولية العقدية في القانون كذلك، حيث أن ضمان العقد واسع النطاق ويدخل فيه أحكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الإخلال بتنفيذ الإنترام التعاقدية في العقد الصحيح وتلك الأحكام التي تستوجب التعويض رغم أن العقد لم يعد صحيحاً، بل هو في مراحله التحضيرية⁽⁵⁾، مثال ذلك الأضرار الناجمة عن تنفيذ العقد الباطل كذلك التعويض المترتب على وجود عيب من عيوب الرضا وغير ذلك كما أن ضمان العقد يشمل جميع

(1) هناك خلاف بين الفقهاء المسلمين حول مدى اعتبار يد الدائن المرتهن يد أمان أو يد ضمان.
(2) إذا وقع الصلح عن مال بمنفعة بل كان المصالح عنه مائلاً، و بدل الصلح منفعة، فسكن الدار لمدة سنة أو ركوب السيارة لمدة شهر يعد عقد الصلح في هذه الحالة بمثابة عقد إيجار فيد المصالح تحديد أمانة بالنسبة للسيارة أو الدار التي تمت يده والمنفعة مضمونة عليه بمجرد تسليم العين سواء استوفى المنفعة أو لم يستوفها بالفعل لاحظ المادة (710) من القانون المدني العراقي والمادة (651) من القانون المدني الأردني.

(3) لاحظ: الشيخ علي الخفيف، مرجع سابق، ص20.

(4) لاحظ: المحامي خليل احمد الازباح ، مرجع سابق ، ص29.

(5) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، المنخل لدراسة لضمان، مرجع سابق، ص(31، 32).

الضمانات التي يرتبها القانون وينظمها في كل عقد على حده كضمان العيوب الخفية، وضمان التعرض، وضمان الإستحقاق، وكما ويندخل في نطاق ضمان العقد أحكام تعويض الطرف المتضرر نتيجة عدم تنفيذ الطرف للمقابل العقد والذي أدى إلى طلب فسخه.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض حالات اليد تختلط بحالات العقد كيد الوديق ويد المستعير وغير ذلك⁽¹⁾ مما يحتاج الأمر إلى وضع الحدود الفاصلة بينهما فتحديد نوع المسؤولية الناشئة عن وضع اليد على ملك الغير في الفقه الإسلامي ليس بالأمر الهين، فمراً ما أشرنا إلى أن وضع اليد قد يكون نتيجة عقد أو وضع يد غير مشروع مما يسبب الإختلاط، فالعقد واليد متداخلان، ونرى الكثير من الآراء بهذا الشأن ويكون لهذا الخلاف أثره في تحديد نوع المسؤولية المترتبة عليه حيث نرى بعض الفقهاء⁽²⁾ أن هذه الحالات تعد تطبيقاً للعقد واليد في وقت واحد، بينما يرى آخرون⁽³⁾ أن ما كان عقداً يترتب عليه ضمان عقد فمثلاً يلزم المودع فإنه يضمن ضمان عقد ولا يتحول ضمانه إلى ضمان عدوان، حيث رأي هذا الجانب من الفقه ضرورة تحديد معالم الموضوع ووضعه في إطاره هل هو ضمان عقد أم عدوان منذ البداية.

بينما توصل أحد الفقهاء⁽⁴⁾ إلى حسيطة نهائية بهذا الشأن مفادها أن الفقه الإسلامي لا يفرق بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية للقول بتحمل تبعه هلاك

(1) لاحظ: علي العبيدي، تلك المضمونات بالضمان في القانونين الأردني والإمارتي، بحث منشور في مجلة المنارة، المجلد السابع، العدد الثالث، سنة 2001، متاح على العنوان الإلكتروني التالي:
www.arablawinfo.com/Research.asp?Vdidate=articles&ArticleID=235.lastvisited.
4/8/2007.

(2) علي العبيدي، المرجع السابق، ص4.

(3) لاحظ: د. محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتصف في إستعمال الحقوق، مرجع سابق، ص256.

(4) لاحظ: د. عبدلوهاب علي بن سعد الرومي، الإستحالة و أثرها على الإلتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الطبعة الأولى 1994، بدون مكان نشر، ص(566-569).

الشيء⁽¹⁾ عالجته من خلال قاعدة عامة حيث أوردته في هذا الصدد بل جعل من واقعة اليد أي الحيازة في الإصطلاح الفقهي تنطبق على جميع حالات المسؤولية في الفقه الإسلامي فمتى ما كان المال في يد مالكة هلك عليه ومتى ما كان في يد الغير نفرق بين ما إذا كان القبض قبض ضمان (بد ضمان) أو قبض أمانة (بد أمانة) حيث عد هذا الفقه الحيازة أو القبض نقطة الإنطلاق في تقرير كافة الأحكام المتعلقة بتبعية الهلاك ، وقد أخذ بهذا الحكم المشرع العراقي وذلك في المادة (201) من القانون المدني ، حيث نصت على أن ((الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فالوديع إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الإنكار إذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامنا)).

ثانياً: الاتلاف

يعرف الاتلاف بأنه اخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة⁽²⁾ وهو إما أن يحصل مباشرة بطريقة المباشرة أو التسبب والاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بدون أن يتخلله وساطة ، والاتلاف بالتسبب هو لحدث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر⁽³⁾ ويختلف هذان نوعان من حيث مدى التزام المتلف بضمان إذ يلتزم المباشر بضمان بشكل مطلق في حين لا يكون الاتلاف بالتسبب سبباً للضمان إلا إذا تعدد المتلف أو تعدى، وإذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم إلى المباشر وحده ذلك تطبيقاً للقاعدة للفقهية (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)⁽⁴⁾ .

(1) ينقسم تبعية الهلاك إلى تبعية العقد و تبعية الشيء و كل منهما مختلف عن الآخر يرجع بشأن تفاصيلهما: عبدالوهاب على بن سعد الرومي ، مرجع سابق ، ص673.

(2) لاحظ : ناصر جميل محمد الشمالية ، مرجع سابق ، ص37.

(3) لاحظ : د. علي العبيدي ، مرجع سابق ، ص5.

(4) لاحظ : ناصر جميل محمد الشمالية ، مرجع سابق ، ص38-39. والمادة (186) من القانون المدني العراقي حيث اتخذ فيه المشرع موقفاً منافياً للفقه الإسلامي بحيث جعل كل من المباشر و المتسبب ضامناً إذا تعدد أو تعدى.

ثالثاً: الحيلولة

قام بعض الفقهاء بوصف الحيلولة بأنها سببا من أسباب الضمان وتتحقق عندما يحول شخص بين مال ومالكه ويمنعه من الانتفاع به أو تصرف فيه ولا تتحقق الا مع سبق يد الحائل ووضعها على المال كيد الوديع والمستعير مثلاً فيقوم بانكاره مما يستوجب ضمانا بأداء عوض المال من مثل أو قيمة ذلك لأن المال قد صار في حكم التالف بنظر الي صاحبه على أن يرد المالك هذا العوض اذا رد اليه المال ذلك لأنه بمثابة القرض عنده⁽¹⁾.

رابعاً: الغرور

يتحقق الغرور بالحمل والترغيب من الغار وذلك بلجونه الى استخدام الوسائل الكاذبة من قول أو فعل بحيث يظهر الأمر على خلاف واقعه وحقيقته وذلك لا يكون الا مع قصد الغار وسوء نيته ويكون سببا لضمان عند الجمهور ، وأساس التضمن فيه هو الاتلاف بالتسبب⁽²⁾.

وقد عرضت المادة (189) من القانون المدني العراقي الى هذه الحالة بقولها ((اذا غرأحد آخر ضمن الضرر فلو قال شخص لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فأنني أذنته بالتجارة ثم ظهر بعد ذلك ان الصبي ولد غيره فلاهل السوق أن يطالبوه بثمان البضاعة التي باعوها للصبي وبالتعويض عن الاضرار الأخرى))⁽³⁾.

(1) للتفاصيل لاحظ : الشيخ على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ص 195-201.

(2) لاحظ : الشيخ على الخفيف ، مرجع سابق ص 201. د. سليمان محمد احمد ، مرجع سابق ، ص 81-83.

(3) لاحظ بشأنها د. حسن علي الننون المبسوط في المسؤولية المدنية ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص 231.

المطلب الثاني

حالات تضمين اليد في غير حالات التعمد والتعدي

في ضوء ما ذكرناه سابقاً على تعريف المشرع العراقي ليد الضمان، مسابراً خطى الفقه المالكي في ذلك، والذي إعتد على عنصر النية، أي القصد، كمعيار لبيان مفهوم تلك اليد، وذلك في الفقرة الأولى من المادة (427) منه، حيث عد اليد يد ضمان، إذا حاز الشخص الشيء بقصد التملك، دليل على عدم توفيق المشرع العراقي في إختياره لتعريف يد الضمان، لأن النص بذلك قد جعل من قصد التملك معياراً لكي نحدد على ضوئه صفة اليد على العين المملوك للغير، فإذا لم يقصد سوى أن يكون نائباً عن المالك فيده يد أمانة، أما إذا حاز المال بقصد تملكه فيده يد ضمان، مع أن هناك حالات لا يؤدي فيها القصد دوراً وعلى الرغم من ذلك فإن يده على الشيء، تعد يد ضمان، على الرغم من إنتفاء قصد التملك لديه، وذلك بحكم القانون، وهي حالة هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات بيد البائع حسن النية، كما أن حسن النية يفترض دائماً وذلك حسب الفقرة الأولى من المادة (1147) من القانون المدني العراقي، ألا أن الحيازة تنتقل للخلف العام بنفس صفاتها، إلا إذا أثبت الخلف العام أنه في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بذلك، ولو كان سلفه سيء النية، فتلك الحاليتين، أي هلاك المبيع في يد البائع في عقود المعاوضات قبل التسليم، وإنتقال حيازة السلف إلى الخلف بنفس صفاتها، تعتبران أو بالأحرى تشكلان حالات لتضمين اليد في غير حالات التعمد والتعدي، لذا نتناولهما تباعاً:

أولاً: هلاك المعقود عليه بيد صاحبه في المعاوضات:

إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، أي قبل التسليم، إنفسخ العقد من تلقاء نفسه، وتزول جميع آثاره منذ إبرامه⁽¹⁾، فهو من جهة يحوز الشيء قبل تسليمه للمشتري وبعد البيع لكن ليس لديه قصد تملكه، ومن جهة أخرى

(1) لاحظ: د. جعفر التفتي، الوجيز في العقود المدنية، الطبعة الثانية، منقحة، بدون سنة طبع، ص 102

يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري، وهذا الالتزام مكمل لنقل الملكية، ولم يرقم بعد بتنفيذ الالتزام، فلو حاولنا أن نحدد صفة يده من خلال قصد التملك تكون يده يد لأمانة، مما يترتب عليه حكماً في غاية الأهمية يتعلق بتبعية هلاك العين، لأنه لا يضمن إلا إذا هلكت العين أو ضاعت أو تلفت أو نقصت قيمتها نتيجة خطأ أو تقصير منه، ولا نستطيع في الوقت نفسه أن نقول أن يده يد ضمان على ضوء قصد التملك، لأن هذا القصد منتفٍ لديه تماماً، ومع ذلك فقد إعتبر المشرع العراقي يده يد ضمان مع أنه حسن النية لما هو مترتب في ذمته من واجب التسليم، ولم يرقم به بعد⁽¹⁾ وذلك في المادة (428) منه والتي تنص على أنه (إذا إنتقلت ملكية الشيء بعد، كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان...)، ونصت المادة (179) من القانون نفسه على أنه (1- إذا هلك المعقود عليه في المعالومات وهو في يد صاحبه إنفسخ العقد سواء أكان هلكه بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العرض الذي قبضه لصاحبه. 2- فالمبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري).

و قد عاد المشرع وكرر هذا الحكم أو بالأحرى ما يؤكد محتوى هذه النصوص في المادة (547) من القانون المدني والتي تنص على أنه: (1- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري إلا إذا حدث الهلاك بعد إعدار لتسليم المبيع، وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن. 2- على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع، يجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى، وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية).

(1) لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثالث في الأوصاف و الحوالة و الإنقضاء، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 1958، ص993

ويرى أحد الفقهاء⁽¹⁾ أن إيراد المشرع لنص المادة (547) هو من قبيل التكرار وكان بإمكانه الإكتفاء بما ورد في المادة (179) في باب الإلتزامات ليبين تبعه الهلاك، ونحن نتفق مع هذا الرأي لأن في هذه المادة ضمان عام تلتزمها نظرية الإلتزام بصورة عامة. كما ويرى أحد الفقهاء⁽²⁾ أن المشرع العراقي قد خلط في المادة (547) بين التسليم والتسلم (القبض)، ووضع الفرق بينهما قانوناً بأن التسليم هو إلتزام على البائع، في حين أن التسلم هو إلتزام على المشتري، وينبغي أن تبرا ذمة البائع من كل مسؤولية عن هلاك المبيع من لحظة إتمامه إلتزامه بالتسليم، ومن بعد ذلك يتحمل المشتري إلتزامه بالتسليم وهو مسؤول عن إخلاله بهذا الإلتزام. وقد فرق هذه المادة بين الهلاك بقوة قاهرة وبين الهلاك بفعل البائع أو بفعل المشتري، فالبائع يكون ضامناً في حالة الهلاك الكلي للمبيع وبقوة قاهرة قبل التسليم، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه مما يترتب عليه وجوب إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، ويلزم البائع برد الثمن إلى المشتري إن كان قد قبضه، وهذا الحكم مطابق تماماً مع أحكام الفقه الإسلامي⁽³⁾، أما في حالة هلاك المبيع هلاكاً جزئياً قبل التسليم فيعطى الخيار للمشتري بين فسخ البيع والذي لا يقع بقوة القانون ومن تلقاء نفسه كما هو الحال بالنسبة للهلاك الكلي، بل لا بد من حكم قضائي أو إتفاق بين المتعاقدين للقول بفسخه، وبين إنقاص الثمن بما يقابل الهلاك الجزئي مع بقاء عقد البيع.

(1) د. جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص 101.

(2) أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، بحثه تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 226، الهامش رقم (20).

(3) لاحظ: للشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات للشرعية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1417هـ 1996م، ص 415.

أما إذا حصل الهلاك سواء أكان جزئياً أو كلياً قبل التسليم بسبب خطأ إرتكبه المشتري تحمل تبعه هلاك المبيع في هذه الحالة، المشتري نفسه⁽¹⁾ وقد إعتبر الفقه الإسلامي المشتري في هذه الحالة بحكم المستلم للمبيع⁽²⁾.

ويجدر بالذكر أن يد المالك القديم للشيء قبل تسليمه إلى مالكة الجديد تمثل إحدى حالات تحول يد الملك إلى يد ضمان وذلك بنص القانون، وقد أكد المشرع العراقي ذلك وذلك في المادتين (547) والمادة (428) منه حيث يؤكد المشرع من خلاهما أن يد المالك القديم تتحول إلى يد ضمان، إلى أن يتم تسليم الشيء إلى مالكة الجديد⁽³⁾.

ويلاحظ أن اليد لو بقيت كيد ملك أو تحولت إلى يد ضمان فالنتيجة واحدة فيما يتعلق بتبعة الهلاك، ففي كلتا الحالتين يهلك الشيء على المالك القديم، لكن الشيء عندما يهلك على المالك فسببه القاعدة المعروفة أن الشيء يهلك على مالكة، لكن عندما يهلك الشيء الذي في حوزته عليه، بعد تحول صفة يده من يد تملك إلى يد ضمان، إنما بسبب أن يد الضمان ضامنة في كل الأحوال ولو بدون تعدٍ أو نقصير من صاحبه⁽⁴⁾.

وإذا أردنا أن نوضح مفهوم يد الضمان في ضوء المادة (427) من القانون المدني العراقي، يجب أن يحوز البائع هنا المبيع بقصد تملكه لإيجاب الضمان عليه وتحول يده من يد ملك إلى يد ضمان، إلا أن البائع لا يحوز المبيع بقصد تملكه،

(1) لاحظ: د. جعفر الفضلي، مرجع سابق، ص 103.

(2) الشيخ علي الحيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 415.

(3) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص (266-268)، و د. ليلى عبدالله سعيد و د. أنكرم محمود حسين، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص 145.

(4) لاحظ: المادة (426) مدني عراقي، و لاحظ أيضاً: د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص 267.

وهذا القصد منعهم في عقود البيع، مما يؤكد أن يد الضمان في عقد البيع هي
إستثناء من الأصل⁽¹⁾.

مما يؤكد لنا أن القصد المدني لا يؤدي فيه دوراً لأن هذه الحالة تحول بنص
القانون، فضلاً عن حسن نية البائع، والذي لا يقصد التعدي على حق الغير، ألا أن
هناك حالات تتحول فيها يد البائع إلى يد أمانة بعد أن كن يده يد ضمان.

ويمكن إجمال الحالات التي يتحول فيها يد الضمان إلى يد أمانة في أربع
حالات وهي:⁽²⁾

قيام سبب قانوني لحبس الشيء:

و هذا ما أكتنه المادة (428) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه:
(إذا انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان، وتقلب
يد أمانة إذا إمتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس)، علماً أن المشرع العراقي قد
نص على حق الحبس للضمان من خلال نصوص مواد كثيرة منها نص المادة
(280) التي نصت على أنه: (1- للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري
جميع ثمن الحال...)؛ كما أن المادة (577) من القانون المدني يجيز للبائع حبس
المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما هو حال من الثمن، وتجيز الفقرة الثانية من
المادة (579) للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن، إذا
أضعف المشتري ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن.

الإعذار:

فإذا قام البائع بإعذار المشتري لتسلم الشيء المملوك تتحول يده من يد ضمان
إلى يد أمانة في المادة (547) من القانون المدني العراقي تأكيداً على تحول اليد من
يد ضمان إلى يد أمانة بإعذار المشتري.

(1) د. ليلى عبدالله محمد و د. أكرم محمود حسين، مرجع سابق، ص 145

(2) لاحظ: أستأفنا د. محمد سليمان الأحمد، تحول اليد في القانون المدني، مرجع سابق، ص (280-284)

وجود إتفاق بين الطرفين بتحول يد المدين من يد ضمان إلى يد أمانة:
فمن المعلوم أن النصوص التي تحدد طبيعة اليد على ملك الغير ليست أمراً لـ إذا يجوز أن يتفقا على ما يخالفها وذلك بأن يتحمل المشتري تبعه هلاك الشيء الذي تحت يد البائع قبل التسليم وذلك إستناداً إلى نص المادة (229) من القانون المدني العراقي.

هالك الشيء بفعل الدائن:

هذه الصورة تمثل إحدى الحالات التي تقطع العلاقة السببية لقيام سبب أجنبي ممثل بخطأ المتضرر، وذلك حسب للفقرة (2) من المادة (547) من القانون المدني العراقي.

ثانياً: إنتقال الحيازة بنفس صفتها:

يقصد بإنتقال الحيازة من حائز إلى آخر أن تكون الحيازة في هذا الإنتقال حيازة متصلة، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة، فالحيازة اللاحقة لا تشكل حيازة جديدة قائمة بنفسها، بل هي تستند في وجودها على وجود حيازة سابقة وتكملها وتعتبر امتداداً أو استمراراً لها، وهذا الإرتباط ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة، يجعل من مسألة ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة أمراً ممكناً وجائزاً، والسبب في ذلك يعود إلى أن الحيازة السابقة لا تنقضي حتى نقول بأن الحيازة اللاحقة هي حيازة جديدة، إنما تجد الحيازة السابقة إستمراريتها وديمومتها في الحيازة اللاحقة⁽¹⁾.

(1) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، دار أبو المجد، 1993، ص(290، 291).

وبقاءً على ذلك فإن هنالك حالات لا تعد إنتقالاً للحيزة وبالتالي لا تخضع لأحكامها وإنما لها أحكام خاصة ويمكن إجمالها بما يأتي:

أولاً: حيازة المنقول إبتداءً عن طريق الإستيلاء يخرج عن نطاق موضوع إنتقال الحيازة، والسبب في ذلك يعود إلى أنه لا يوجد في الإستيلاء إنتقال للحيازة، لأنه لم يكن هناك حائز قبله بل هو أول من حاز المنقول المباح والذي لا مالك له بقصد تملكه⁽¹⁾، حتى لو كان المنقول قد سبق لشخص آخر تملكه ثم تخلى عنه بقصد النزول عن ملكيته، فإنه لا يصلح إنتقالاً للحيازة، لأن الإستيلاء ينتج عنه بدء حيازة جديدة منفصلة عن أي حيازة سابقة⁽²⁾.

ثانياً: إغتصاب الحيازة من الحائز وسلبها منه بالإكراه لا يعتبر إنتقالاً للحيازة، وذلك لأن الحيازة الجديدة لا تعتبر إمتداداً للحيازة السابقة، فالعلاقة بين الحيازتين القديمة والجديدة منقطعة تماماً وذلك لأن المغتصب أو منتزع الحيازة بالإكراه يبتدئ حيازة جديدة مستقلة عن الحيازة القديمة، ولا تعتبر إستمراراً لها، وبالتالي لا يجوز أن تضم إلى منتهى مدة الحيازة القديمة⁽³⁾.

ويتم إنتقال الحيازة عن طريق الإستخلاف، فتنتقل الحيازة من السلف إلى الخلف، والمقصود بالخلف هو كل من يحل محل السلف في الحيازة إتفاقاً أو قانوناً⁽⁴⁾.

(1) لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات طلي الحوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص876.

(2) لاحظ: د. حسان الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص291.

(3) لاحظ: د. حسان الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص291.

(4) لاحظ: القاضي محمد عبداللطيف، الحيازة وأثارها في التقنين المدني المصري، 1951، ص56.

والخلف قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً.

ومما تجدر الإشارة إليه أن هنالك فورق كبيرة فيما يتعلق بانتقال الحيازتين، مما يقتضي منا أن نبين كيفية هذا الانتقال إلى الخلف العام أولاً والخلف الخاص ثانياً.

أولاً: انتقال الحيازة للخلف العام:

الخلف العام هو من يخلف السلف في نمته المالية كلها كالوارث الوحيد أو في جزء شائع منها كالوارث مع غيره أو الموصي له بحصة شائعة⁽¹⁾.

وحيازة الخلف العام هو استمرار لحيازة السلف، مما يجعله غير قادر على أن يستهل حيازة جديدة مستقلة عن حيازة سلفه، ولما كانت حيازته تعد استمراراً لحيازة السلف، فهي تنتقل إليه بنفس صفاتها التي كانت عليه عند السلف فليس له من الحقوق أكثر مما كان لسلفه⁽²⁾.

وتنتقل هذه الحيازة إلى الخلف العام بمجرد موت المورث، دون حاجة إلى تسلم المال تسليمياً فعلياً ومادياً بخلاف الرأي الذي يرى بأن انتقال الحيازة واقعة مادية لا تقبل الانتقال، فلا يحصل عليها الخلف العام إلا إذا تسلم المال فعلاً، وإنما الذي ينتقل إلى الخلف العام هي مزايا الحيازة من خلالها يستطيع الحائز أن يحمي حيازته بدعوى الحيازة وإمكانية تملكها بالتقادم، وهذه المزايا من شأنها أن تقوي هذا الحق وتدفع عنه الاعتداء⁽³⁾.

وقد يحوز السلف الشيء وتتسم حيازته بصفات أو خصائص معينة، منها: أن تكون حيازته حيازة عرضية أو حيازة أصلية أو أن تكون مشوبة بعيب من عيوب

(1) لاحظ: محمد طه البشير و د. غني حنون طه . مرجع سابق ، هامش رقم (1)، ص 213.

(2) لاحظ: القاضي محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص (56، 57).

(3) أنوري ورو، الجزء الثاني، ص 135، فقرة 181 وهامش رقم (2)، نقلاً عن: د. عبدالرزاق أحمد

السهنوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، الهامش رقم (1)، ص 878.

الحيازة كالتبليس والقبوض أو الإكراه، أو أن يكون حائزاً بحسن نية أو بسوء نية، ومن ثم فإن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بنفس هذه الصفات.

ولما كانت حيازة الخلف العام لا تشكل حيازة جديدة كما أسلفنا القول فتكون بنفس صفات حيازة السلف، فإذا كانت حيازة السلف عرضية، فإن الخلف العام يعتبر حائزاً عرضياً أيضاً، فلا تنتقل إليه كحيازة أصلية بل وإنما إذا أراد أن يغير من حيازته العرضية إلى حيازة أصلية عليه الإلتجاء إلى أحد الوسيطتين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث وهما فعل يصدر من الغير، أو فعل يصدر من الوارث أو ينكر به حق المالك⁽¹⁾، وإذا كانت حيازته مشوبة بأي عيب من عيوب الحيزة فلا يزول هذا العيب بإنتقاله للخلف العام، بل إنها تنتقل مشوبة بهذا العيب.

أما فيما يخص توضيح الدور الذي يؤديه كل من تعدى وتعمد السلف في إنتقال الحيازة للخلف العام، نجد أن السلف إذا كان سيء النية أي يعلم أنه يعتدي على حق الغير، بعبارة أخرى، يكون على علم ويقين بالعيب الذي يعتور حيازته ومع ذلك إتجه إرادته إلى كسب الملكية بالحيازة فإنه وخلافاً للأصل العام الذي يقضي بأن الأصل حسن النية فإن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام مقترنة بسوء النية ويعتبر الأخير سيء النية أيضاً، فإذا ما أراد أن يكسب الملكية، فإن حسن النية وعدم علمه بأن حيازة سلفه يشكل إعتداءً على حق الغير لا يفيد شيئاً في إكتساب الحق بالتقادم الخمسي المكسب ولكن في إستطاعته أن يضم إلى حيازته مدة وضع يد سلفه السيء النية فيكسب الملكية بوضع اليد بمضي المدة الطويلة أي يملكه إلا بمقتضى التقادم الطويل، وبخلافه فإذا كانت حيازة السلف مقترنة بالسبب الصحيح وحسن النية، فإن للخلف العام أن يتمسك بحيازة سلفه حتى ولو كان الخلف

(1) لاحظ: المادة (1160) من القانون المدني العراقي والتي تقتضي بأنه ((1- ليس لأحد أن يحتج بالتقادم على خلاف مقتضى سنده، فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، والأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة 2- ولكن يستطيع أن يحتج بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل الغير وإما بمعارضة منه هو لحق المالك، ولا يبدأ مريان التقادم في هذه الحالة إلا من تاريخ هذا التغيير)). موافقة للمادة (972) من قانون مصري.

سوء النية يعلم أن حيازة سلفه بشكل إعتداءً على حق الغير، لأن العبرة بحسن نية السلف وقت تلقي الحق⁽¹⁾.

إن كل ما ذكرناه آنفاً بشكل توضيح للمقصود بانتقال الحيازة بنفس صفاتها إلى الخلف العام، وهو كفيلاً بأن يوضح مملك المشرع العراقي فيما يخص تحديد إطار موضوع انتقال الحيازة إلى الخلف العام، وإعطائه المعالجة القانونية الصحيحة، وإبراز الحدود والأبعاد الذي يتخذه للقصد المدني فيما يتعلق بالموضوع، لأن مما لا شك فيه أن الحيازة قد تكون بحسن نية أو بسوء نية، ويحتفظ الحيازة بهذين الصفتين ويلتزمانها منذ ابتدائها حتى إقامة الدليل على عكس ذلك، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة (1148) على ذلك والذي جاء فيها: ((وتبقى الحيازة محتققة بالصفة التي بدأت وقت كسبها، ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك)⁽²⁾، وبالرجوع إلى القاعدة العامة الواردة في هذا الخصوص فإنه لا يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته لأن حسن النية مفترض دائماً من لم يعم الدليل على خلاف ذلك من قبل خصمه يثبت أن الحائز سوء النية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (1148) من القانون المدني العراقي على أنه: ((يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، وحسن النية يفترض دائماً، ما لم يعم الدليل على خلاف ذلك))⁽³⁾، والسبب في إفتراض المشرع لحسن نية الحائز، يكمن في تسهيل الإثبات في مسائل معقدة تتعلق بالنوايا الخفية⁽⁴⁾ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، أخذاً بالغالب المرجح الذي يقضي بأن المالك في أغلب الأحيان هو السذي يحوز الشيء المملوك له، أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق عليه، مما يضع الحائز

(1) لاحظ: القاضي محمد عبداللطيف، مرجع سابق، ص 57 و د. نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها، مصادرها)، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، 2006، ص (422، 423).

(2) نقليها المادة (967) من القانون المدني المصري.

(3) نقليها الفقرة الثالثة من المادة (965) مدني مصري.

(4) لاحظ: د. محمد كامل مرسي بشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، تنقيح المستشار محمد علي سيكر والمستشار معتز كامل مرسي، منشأة المعارف، الأسكندرية، 2004، ص 56.

مركز المدعي عليه والمالك الحقيقي في مركز المدعي ويقع عليه عبء إثبات سوء نية الحائز⁽¹⁾.

على أن المشرع العراقي في حالة معينة قد خرج عن هذا الأصل العام وسلك مسلكاً مغايراً، وإفترض في الخلف العام سوء النية، فيتعين عليه أن يقيم الدليل على أنه حسن النية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (1149) على أنه: ((تنتقل الحيازة للخلف العام بصفتها على أنه إذا أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بذلك ولو كان سلفه سيء النية)).

حيث أكد المشرع في هذه المادة على انتقال الحيازة من السلف إلى الخلف العام بنفس صفاتها وبقوة القانون، فإذا كان السلف سيء النية، يعتبر الخلف كمورثه سيء النية أيضاً، لكن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس، فإذا أراد الخلف العام أن يثبت حسن نيته، يقع عليه عبء إقامة الدليل لإثبات ذلك⁽²⁾.

وبإعطاء المشرع هذه الفرصة للخلف العام لإثبات حسن نيته، يكون قد خرج عن القاعدة التي تقضي بأن حيازة الخلف العام هو إمتداد لحيازة السلف، فإفساح المجال هذا يعتبر مظهراً من مظاهر إستقلال حيازة الخلف العام عن حيازة سلفه، فقد كان مقتضى انتقال الحيازة بصفتها إلى الخلف العام أن يبقى الأخير سيء النية متى كان سلفه سيء النية، والأصل أنه لا يمكن أن يثبت حسن نيته متى ثبت سوء نيته في وقت سابق، والسبب وراء إجازة المشرع هذا يكمن في أنه إعتبر حيازة الخلف مستقلة فيما يتعلق بصفة حسن النية أو سوءها عن حيازة السلف، مما يضع الخلف العام في موضع المستفيد، لأنه إذا أثبت حسن نيته بإقامة الدليل على أنه كان

(1) لاحظ: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص(866، 867).

(2) لاحظ: د. محمد طه البشير و د. غني حنون طه، مرجع سابق، ص213

يجهل حيازة سلفه تتطوي على إعتداء على حق الغير فإنه يستفيد من الآثار التي تترتب على إثباته لحسن نيته كتملك الثمار⁽¹⁾.

نستخلص من كل ذلك أن الحيازة تنتقل للخلف العام بنفس صفاتها وبقوة القانون، فهو إمتداد لحيازة السلف وتنتقل إلى الخلف العام بنفس صفاتها إلا أن هذا الموقف من قبل المشرع صاحبه تلطيف من حكم هذه القرينة القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس وأفسح الطريق للخلف العام لإثبات حسن نيته بعيداً عن حيازة سلفه حيث يكون بإمكانه أن ينتفع بالآثار التي تترتب على حسن النية كتملكه للثمار، ومن هنا نقطة الإنطلاق للتعرف على أحوار القصد المدني المتنوعة، فقد رأينا أن الخلف العام تنتقل إليه الحيازة مقترنة بسوء النية، مع أن نية التعمد والإعتداء على مال الغير كان متوفراً لدى السلف دون الخلف العام، لكن إذا ما نجح الأخير في إثبات حسن نيته بإقامة الدليل على جهله بخصوص قيام سلفه بالإعتداء على حقوق الغير، فإن قصده المدني الحسن هذا يؤدي به إلى كسب ملكية الثمار، ويظهر بالتالي دور القصد المدني في إنتقال الحقوق في الحيازة بشكل عام، وفي إكتسابها أيضاً كما في تملك الثمار.

ثانياً: إنتقال الحيازة للخلف الخاص:

إذا ما أردنا أن نعرف الخلف الخاص بمعناه الفني المعتاد، فهو من يتلقى عن السلف حقاً معيناً بالذات، كالمشتري والموصي له والموهوب له بعين معينة⁽²⁾. أما إذا أردنا أن نعرفه فيما يتعلق بالحيازة، فله معنى يختلف عن معناه الفني، وهو كل حائز نشأت بينه وبين سلفه علاقة قانونية أدت إلى إنتقال الحيازة، سواء

(1) لاحظ: د. حسان الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص(292، 293)، والمادة (1165) من القانون المدني العراقي نقلاً عنها الفقرة الأولى من المادة (978) مدني مصري.

(2) لاحظ: محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سابق، الهامش رقم (4)، ص213.

لكان هذا الإنتقال قد تم بناءً على إلتزام السلف بتسليم الشيء، أو كان بناءً على إلتزام بالرد ناشيء عن صيغ سنده أو إبطاله أو الرجوع فيه⁽¹⁾.

إن إنتقال الحيابة من السلف إلى الخلف الخاص مختلفة تماماً في جوهرها عن إنتقالها للخلف العام، فكما أسلفنا القول إن حيابة للخلف العام هي حيابة متصلة ويعد إستمراراً لحيابة سلفه، بعكس حيابة الخلف الخاص التي توصف بأنها جديدة مستقلة عن حيابة سلفه، لذلك فهي تتميز بصفات تغاير تماماً صفات حيابة السلف، بالإضافة إلى ذلك فإن إنتقال الحيابة للخلف العام قد تم بقوة القانون، بينما إنتقاله للخلف الخاص يتم بالإتفاق بينهما على نقلها من السلف إلى الخلف الخاص، فالأمر متروك لإرادتهم، ووفقاً لذلك، فإن الخلف الخاص يستمد حقه من سنده الذي صدر إليه من سلفه، بينما الخلف العام يستمد حقه من سند سلفه، مما أدى إلى نشوء إختلاف في المركز القانوني لكل منها، مما يترتب عليه عدم تقيد الخلف الخاص بحيابة سلفه ويأخذ مصلحته بعين الإعتبار في ضم حيابة سلفه إلى حيازته أم لا، فهو يضمها إلى حيازته إذا كانت له مصلحة في ذلك، فإن لم تكن له مصلحة فيطرحها ويكتفي بحيازته هو⁽²⁾.

فقد تكون حيابة السلف مقترنة بسوء النية، ومع ذلك يكون الخلف الخاص حسن النية في حيازته، فيبغض النظر عن سوء أو حسن نية السلف، يجب أن نرجع إلى القاعدة العامة في شأن الخلف الخاص وإفتراض حسن النية فيه إلا أن يثبت العكس من قبل صاحب الحق⁽³⁾.

(1) لاحظ: د. نبيل إبراهيم سعيد، مرجع سابق، ص 423

(2) لاحظ: د. نبيل إبراهيم سعيد. مرجع سابق، ص (422، 423).

(3) لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، أسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص 892

فقد تكون من مصلحة الخلف الخاص فصل حيازته عن حيازة السلف، والتمسك بحيازة سلفه وحدها، وقد تكون له مصلحة في أن يضع حيازة سلفه جانباً ويتمسك بحيازته هو فقط، ويكون ذلك عادة إذا كانت الحيازة الأولى بمسوء نية والثانية بحسن نية⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بالتصميم التشريعي لموضوع، فقد فصل المشرع فيه وقت التفصيل الذي سبق أن ذكرناه، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (1149) من القانون المدني العراقي بشأن ضم حيازة السلف إلى الخلف العام أو الخاص على ما يلي: ((ويجوز للخلف، عاماً كان أو خاصاً، أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه للقانون من أثر))⁽²⁾ مما يلاحظ على النص أنه أعطى الخيار للخلف الخاص لكي يضم إلى حيازته حيازة سلفه في كل ما يرتبه القانون على الحيازة من أثر، أو أن يفصل بين حيازته وحيازة سلفه، ويتممك بأحدهما دون الأخرى، وذلك تبعاً لمصلحته، فهي بعكس حيازة الخلف العام لا تنتقل بقوة القانون ((إذا ما قرر ضم حيازة سلفه إلى حيازته تعتبر حيازته إمتداداً لحيازة سلفه، وذلك يمثل خروج المشرع في مجال ضم الحيازة التي تقتضي باستقلالية حيازة الخلف الخاص عن السلف وأن تكون لكل منهما آثارها القانونية الخاصة.

(1) لاحظ: د. حسام الدين كامل الأهواني، الحقوق العينية الأصلية، مرجع سابق، ص(296، 297).

(2) تتفق مع حكم الفقرة الثانية من المادة (955) مدني مصري.

الفصل الرابع

أحكام ضمان اليد وتطبيقاته

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية قامت على جلب المصالح ودرء المفاسد عن الناس ، ولطالما عملت على تحقيق هذا المبدأ ، حيث اهتمت بإزالة الضرر الحاصل ورفعها، فتعويض المضرور عما أصابه من ضرر أمر يحتمه روح الشريعة الإسلامية القائمة على العدالة وقد حظيت الاموال فيها بالعناية والحماية المطلوبتين، وقد ورد في القرآن الكريم العديد من الآيات والتي تؤكد مبدأ احترام حق الملك منها قوله تعالى ((يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)) (1) كما وان السنة النبوية الشريفة لم يخل من الاهتمام بالمال فقد قال رسول الله (ص) ((لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه)) (2) فقد نالت الاموال من الاهتمام ما نالته حرمة دم الانسان وعرضه وقد جاء هذا للفقه بالعديد من القواعد الفقهية التي تنفد وجوب رفع الضرر وازالته منها ، قاعدة (الضرر يزال) (3) وهي من القواعد الفقهية التي تستقيم مع روح الشريعة الإسلامية وتنفيذها ايجاب الضمان على من لحدث الضرر ورفع الظلم الناجم عنه فلو أُلْغِي شخص

(1) النساء: 29.

(2) لاحظ : الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ثلثة الأحكام ، ج3 ، مرجع سابق ، ص80 و353.

(3) لاحظ: مجلة الاحكام المحلية المادة (921) والمادة (190) من القانون المدني العراقي ، والمادة (60) من القانون المدني الاردني.

مال آخر فليس للآخر أن يقوم بأتلاف مال الأول والاوجب على كل منهما الضمان ودفع التعويض جراء ما أصابهما⁽¹⁾.

وعليه سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص المبحث الأول منه لبيان أحكام ضمان اليد فيما تلقى الضوء في المبحث الثاني على تطبيقات قائمة على وجود قصد مدني سيء ويشمل الغصب وما في حكمه واللقطة والحيازة بسوء نية .

(1) وفي ذلك أيضا نصت المادة (216) من القانون المدني العراقي على أنه ((1-لاضرر ولاضرار . والضرر لايزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم ، 2- فلو أُلْغى أحد مال غيره في مقابل أتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامنا للآخر ما أُلْغى....)).

المبحث الاول

أحكام ضمان اليد

لقد سلك الباحثون والكتاب فيما يتعلق بموضوع ضمان اليد طرقا مختلفة ، وأن التصدي لهذا الموضوع يبقى غير مكتمل المعالم مالم نغم بتناول وتوضيح جميع ماله علاقة بهذا الموضوع ، فليس من السهل التوصل الى معرفة هذه الأحكام خصوصا وإن لليد أركان ، كما وإنه يخلف من ورائه أثرا متمثلا في انشاء التزامات على عاتق الطرفين لابد من أن يقوموا بالايفاء بها ، وقد يخلف هذه الالتزامات تغييرات طارئة على اليد فنكون أمام ما يعرف بتحول اليد أو تغيير صفة وضع اليد ، كما وأن ضمان اليد حالة مؤقتة ، فهو محكوم بالزوال والانقضاء ، وانطلاقا مما سبق يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الأول أركان تضمين اليد ، ونخصص المطلب الثاني لأثر تضمين اليد ، ونبحث في المطلب الثالث الحالات التي ينقضي فيها تضمين اليد .

المطلب الاول

أركان تضمين اليد

ان تناول فقهاء الشريعة الاسلامية لموضوع أركان الضمان قد جاء بشكل عام ، وذلك عن طريق معالجة أحكام الضمان والتطرق لأركانه سواء أكان مصدره العقد أو اليد أو الائلاف ، دون تبويب لأركان أو أحكام كل منهم على حده وبشكل مستقل، أما بخصوص المعالجة القانونية للموضوع ، فنجد بحوثا لاتتعدى أصابع اليد بهذا الخصوص ، لابل تكاد تكون معدومة تعتمد بشكل أساس على ما هو متاح في الفقه الاسلامي بخصوص هذا الموضوع.

هنالك محاولات أجريت من قبل بعض الفقهاء (1) لاكتشاف مصدر جديد للالتزام ، وقالوا بأن وضع اليد (الحيازة) يشكل المصدر السادس للالتزام ، وقد اعتمدت في بناء وجهة نظرها هذا على أن الحيازة المنظمة في القوانين هي حيازة ملك ، ولاتوصف هذه اليد بأنها وضع اليد على ملك الغير ، وأن موضوع الحيازة يندرج أصلا تحت يد الملك ولايتعداه ليد الامانة أو يد الضمان ، وكما ونضيف أن القوانين المدنية لم تنظم حكم اليد اذا كانت الحيازة المادية لحق عيني غير حق الملكية كحيازة المنتفع للعين المنتفع بها ، وحيازة المرتهن للمرهون ، بل انما اكتفت ببيان كيفية تملك الحائز أو كسبه حقا عينيا آخر على الشيء المحاز فقط ، فمواد الحيازة قد جاءت لحماية يد الملك وليس له علاقة بمسائل يد الامانة أو يد الضمان وبالتالي لايدخل ضمن نظرية ضمان اليد .

ونحن لانتفق مع هذا الرأي لأن للحيازة معنى يختلف عن معنى الملكية (2) لذا هنالك فارق بين الحائز والمالك فقد يضع الحائز يده على الشيء المحوز دون أن يكون مالكا له ، كما وان الحيازة ليست دائما حيازة ملك بل هي دليل أو قرينة على الملكية (3) فالحيازة مجرد وضع واقعي يتمثل في مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الشيء، و سواء أكان صاحب حق أم غير صاحب الحق كما لو كان هو مالكة، ولو أن في الغالب يكون للحائز هو صاحب الحق على الشيء وذلك حين يكون الشيء في يد من يملكه أو من يكون له حق عيني آخر عليه ، فيعد كل من السارق

(1) د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص37-38.

(2) حدد المشرع العراقي الملكية في المادة (1048) من القانون المدني وقتي نصت على أن ((المالك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة ويقلتها وثمارها ويتاجها ويتصرف في عينا بجميع التصرفات المجازة)) . لاحظ للتفاصيل: أستانانا د. محمد سليمان الاحمد و أستانانا د. نوف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون بالحيازة في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص44.

(3) لاحظ: محمد عبداللطيف ، مرجع سابق ، ص1. و د. رضا محمد ابراهيم الشاذلي ، مرجع سابق ، ص144-145.

والغاصب لو من يعتقد خلافا للواقع أنه صاحب الحق حائزا مادام يمارس سيطرته الفعلية على الشيء ، ظاهرا عليه بمظهر المالك أو صاحب أي حق عيني آخر⁽¹⁾.

كما وأن اتجاه المشرع العراقي منتقد من حيث تنظيمه لأحكام اليد في الباب الخاص باستحالة تنفيذ الالتزام بل كان من المحتم عليه تنظيمه في باب الحيابة⁽²⁾.

ومما سبق قوله نستخلص أهمية الحيابة ودورها في تحديد عناصر وضع اليد ، فالحيابة ووضعت اليد بمعنى واحد ، فوضع اليد الموجود في الفقه الاسلامي على صلة وثيقة بالحيابة الموجودة في القانون المدني الا أن الاختلاف قد يكون في الآثار ، فقد يترتب على الحيابة غير المشروعة والتي يكون مصدرها الغصب في لقانون كسب الملكية بالتقادم الطويل بينما الشريعة الاسلامية لا تقر بذلك⁽³⁾.

وكما هو معروف فإن وضع اليد على ملك الغير هو انفصال الحيابة عن الملك مما يستلزم انتقال المال الى يد غير المالك ، كما ولأنا بصدد تحمل تبعه الملك في حالة هلاك الشيء مما يتطلب الامر وجود شيء مادي يضعه للشخص تحت سيطرته الفعلية كما وان وضع اليد (الحيابة) تستلزم سيطرة فعلية ، ويمكن استخلاص عناصر كل مصطلح من خلال تعريفه وماهيته ، ونحن نتولنا بدورنا تعريف يد الضمان التي هي كل يد على ملك الغير يستخدم صاحبها سلطات المالك عليه دون مبرر قانوني أو شرعي⁽⁴⁾ وبهذه الصياغة نصل الى أن الاركان العامة لليد ثلاثة وهي 1- شيء مادي مملوك 2- ضرورة وجود الشيء تحت يد الغير 3- السيطرة الفعلية لليد ، ونتولهما تباعا :

(1) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص44.

(2) لاحظ: أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، المرجع السابق نفسه ، ص85.

(3) لاحظ: المستشار أنور طلبة ، التقادم ، المكتب الجامعي الحديث ، ص511 .

(4) لاحظ: د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيابة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص90.

أولاً: شيء مادي مملوك

ان المقصود بهذا العنصر أو الركن هو قابلية المال لوضع اليد ⁽¹⁾ بعبارة أخرى صلاحية المال أن يكون محلاً لوضع اليد أو ثبوت الملك فيه ⁽²⁾ وبالتالي قابليته للتسلط والاقتضاء ⁽³⁾.

مما يعني ان القيام بعمل أو الامتناع عن عمل لا يصلحان كمحل ليد الضمان. ولأن وضع اليد يستلزم وجود شيء والتميز بينهما نظراً للخلط الذي وقع فيه جانب من الفقه بين المال والشيء ، فتعريف المال بالشيء هو اتجاه منتقد ، نظراً لعدم توافقه مع المنطق القانوني الدقيق ⁽⁴⁾ ذلك لأن المقصود بالمال هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان نوعه سواء أكان حقاً شخصياً أم عينياً أم حقاً ذهنياً أو فكرياً ، في حين أن الشيء هو ما يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ، بمعنى آخر ، هو موضوع الحق ذو القيمة للمالية ⁽⁵⁾ ولكي يكتسب الشيء صفة المال ينبغي ألا يكون خارجاً عن دائرة التعامل بل قابلاً للتعامل فيه ، وقد يخرج الشيء عن التعامل بحكم طبيعته أو بحكم القانون ⁽⁶⁾.

(1) لاحظ: د. محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم في الفقه الإسلامي ، مطبعة المائي ، بغداد ، 1989 ، ص 46.

(2) لاحظ: ناصر جميل محمد الشايلة ، كسب ملكية المضمونات بالضمان ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 1998 ، ص 138.

(3) لاحظ: د. نبيل ابراهيم سعد ود. همام محمد محمود زهران ، المنخل القانون - نظرية الحق - منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 ، ص 239.

(4) لاحظ: د. رضا محمد ابراهيم الشاذلي ، مرجع سابق ، ص 54-55 ، وقد عرف القانون المدني العراقي المال (65) منه بأنه ((هو كل حق له قيمة مادية)).

(5) لاحظ: د. رمضان محمد أيو السعد ود. همام محمد محمود زهران ، مبادئ القانون - المنخل للقانون و الالتزامات ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 1998 ، ص 275-276.

(6) للتفاصيل لاحظ: د. سلمان بو نياض ، المبادئ القانونية العامة ، للطبعة الاولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ، بيروت 1415 هـ ، 1995 م ، ص 77-78 ، وقد نصت المادة (61) من القانون المدني العراقي على أن ((كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية)) نقابها المواد (81) مدني مصري و (54) مدني أرمني .

أما بخصوص أنواع الأشياء فقد تكون مادية أو غير مادية أي معنوية ، أما المقصود بالأشياء المادية ما يكون له حيز مادي محصور ، أي يقع تحت الحواس ، وبخاصة حاسة اللمس كالأرض والبناء والمركبات والملبوسات والمأكولات ، وهي التي تكون محلاً للحقوق العينية ⁽¹⁾ أما الأشياء المعنوية فهي ماليـس بعين مادي في الوجود الخارجي ⁽²⁾ وقد أفرزها تقدم الفكر البشري وازدهار للصناعة والتجارة وهي ما لاتقع تحت الحواس ، ولكن تبادل الناس لها يكون من خلال التصور الذهني لها كالرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية ، وهي كما في الحقوق عموماً مستقرها في نـمة الإنسان وليس خارجها⁽³⁾.

وبعبارة أخرى فإن الأشياء غير المادية تكون محلاً للحقوق الذهنية ⁽⁴⁾ وللأشياء المادية تقسيمان مختلفان ، فتقسم إلى عقارات ومنقولات (قابلة وغير قابلة للاستهلاك ومثلية وقيمية وعامة وخاصة)⁽⁵⁾ ولكل من هذه للتقسيمات خواصه ويترتب على كل تقسيم منه آثاراً خاصة في الفقه كما في القانون⁽⁶⁾.

(1) لاحظ: د. نبيل إبراهيم سعد و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص 239.

(2) لاحظ: د. مصطفى أحمد الزرقاء ، المنخل الفقهي العام ، نظرية الإنترلم العامة في الفقه الإسلامي ، الجزء الثالث ، الطبعة السادسة ، 1946، ص 231.

(3) لاحظ: المادة (70) من القانون المدني العراقي ، والتي أشارت إلى الأشياء غير المادية أي الأموال المعنوية ، تقابلها المادة (86) من القانون المدني المصري ، للتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ: د. سلمان بو ذياب ، مرجع سابق ، ص 55-56. ود. نبيل إبراهيم سعدو د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص 122-128.

(4) لاحظ: د. سلمان بو ذياب ، مرجع سابق ، ص 78.

(5) وتناول هذه التقسيمات تخرج عن نطاق هذه الرسالة و لتفاصيل أكثر بشأنها لاحظ: د. مصطفى أحمد الزرقاء ، المنخل الفقهي العام ، الجزء الثالث ، مرجع سابق ، ص 223 وما بعدها .

(6) لاحظ: د. محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية المقد في الفقه الإسلامي ، منخل لدراسة الفقه وفلسفته ، دار الفكر العربي ، 1417 هـ ، 1996م ، ص 150-153.

ومن تقسيمات الحقوق المالية الحق العيني الذي يعرف بأن استئثار مباشر يتقرر لشخص ينصب مباشرة على شيء مادي معين⁽¹⁾ فهو (رابطة تسلط) ، بحيث تكون الصلة بين صاحب الحق العيني ومحل الحق مباشرة وبغير توقف على تدخل أحد لتمكينه من مباشرة هذه السلطات فمالك المنزل مثلاً يستطيع أن يستعمله بسكناء ، كما وبأمكنه أن يستغله بتأجيريه لغيره ، أو أن يتصرف فيه بالبيع والهبة وغيرها من التصرفات الناقلة للملكية⁽²⁾ والحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر⁽³⁾ ومادام الحق العيني يستلزم الاستئثار بشيء ، فلا بد أن يكون محله شيء مادي ، ويكون لصاحب الحق وضع يد وحيازة مادية على الشيء المادي محل ذلك الحق ، ذلك أن الحيازة لا يمكن تصورها إلا بالنسبة للحقوق العينية بوصفها وإرادة على أشياء مادية⁽⁴⁾.

والمقصود بالحق الشخصي أو الالتزام الرابطة التي تجمع ما بين طرفي الالتزام، يكون بمقتضاها للدائن أن يطالب مدينه بأداء مالي معين ، كحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة ، حيث يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع

(1) لاحظ: الفقرة الأولى من المادة (67) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه ((الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)) ، تقابلها الفقرة الأولى من المادة (69) من القانون المدني الأردني.

(2) لاحظ: د. رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص198-199.

(3) فالحق العيني لما أن يكون أصلياً أو تبعياً ، والحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحق المنفعة والاستعمال والسكنى والمساحطة وحق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة ، أما الحقوق العينية التبعية فيتألف من حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحق الامتياز لاحظ: المادة (68) من القانون المدني العراقي بفقرتيه الأولى والثانية تقابها المادة (70) من القانون الأردني.

(4) لاحظ : د. نبيل إبراهيم سعد و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص118-119.

بالعين، وبذلك فإن تدخل المدين أمر ضروري لاستيفاء الدائن حقه ، ومحله عبارة عن القيام بعمل أو الامتناع عنه⁽¹⁾ .

أما بخصوص مدى امكانية ورود الحيازة عليها ، فإن هذه الحقوق قد تكون سببا لوجود شيء مادي تحت يد الغير ، ومثاله المستأجر الذي يضع يده على العين المؤجرة بغرض الانتفاع به ، فلا يستطيع استيفاء هذه المنفعة مالم يضع يده على الشيء ويجعله في حيازته وسيطرته الفعلية ويمارس أعمالا مادية لغرض الانتفاع به⁽²⁾ كما وأن الديون لا يمكن أن تكون محلا للحيازة ، بعبارة أخرى ، لا يمكن أن يرد عليها وضع يد الغير ، الا في حالة ما اذا كان الدين ثابتا في سند لحامله ، فيندمج الدين في السند ذاته ، ويعامل معاملة المنقول ، فالحيازة في هذه الحالة يرد على السند المتضمن للدين⁽³⁾.

أما بالنسبة للحقوق المعنوية أو الذهنية فتعرف بأنها للحقوق التي ترد على أمور معنوية ، فمحله عبارة عن أشياء غير مادية غير محسوسة من نتاج الذهن والفكر، منها الملكية الصناعية والانتاج الفني والادبي⁽⁴⁾، وهذه الحقوق تعطي لصاحبها حق الاستغلال المالي كنتاج ذهن ، كما ويستطيع التصرف بها على هذا الأساس⁽⁵⁾ ويختلف الحق الذهني عن الحق العيني في أن محل الحق العيني عبارة عن شيء

(1) لاحظ: د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص 6 ، . . . والفقرة (1) من المادة (69) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (68) من القانون المدني الارمني.

(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد ، بحثها ضمن اليد و المسؤولية التقصيرية ، مرجع سابق ، ص 19.

(3) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها للنظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص 61-62.

و د. نبيل ابراهيم سعد و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص 118-119.

(4) لاحظ : د. سليمان بو ذياب ، مرجع سابق ، ص 55-56.

(5) لاحظ : د. رمضان محمد أبو السعود و د. همام محمد محمود زهران ، مرجع سابق ، ص 215.

مادي معين⁽¹⁾ ومن ثم لا يترتب على الحقوق المعنوية أي وضع يد ، نظرا لمحلها الذي هو عبارة عن شيء غير محسوس⁽²⁾.

بقي أن نقول أن تناولنا لموضوع الحقوق المالية في القانون المدني من حق عيني وشخصي وذهنّي جاء من منطلق معرفة مجال هذه الحقوق ، وهل تردّ على أشياء مادية وبالتالي تخضع للنظرية العامة لضمان اليد أم أن محلها أشياء معنوية كالقيام بعمل أو إعطاء شيء ولا تخضع بالتالي لأحكام ضمان اليد ، ووجدنا أن الحق العيني يمكن أن يردّ عليه وضع اليد نظرا لأن محله عبارة عن شيء مادي معين ، كما وأن الحق الشخصي قد يكون سببا لوجود شيء مادي تحت يد الغير وبالتالي قابليته للحيازة ووضع اليد عليه ، أما الحقوق الذهنية أو المعنوية فلا يردّ وضع اليد عليها لأن محلها شيء غير ملموس.

ومن ناحية أخرى يشترط في الشيء محل ضمان اليد أن يكون مملوكا ، ذلك لأن المال قد يكون غير مملوك لأحد ، ولكنه يصبح مملوكا لأول واضع يد عليه بطريق الاستيلاء ويطلق على هذه الحالة من المجموع من هذا الشيء تسمية الأشياء المباحة في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي والقانون المدني الاردني⁽³⁾ وهو اما أن يكون مباحا منذ البداية ، أو كان له مالك وتخلّى عنه بقصد النزول عن

(1) لاحظ : د. مصطفى احمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، الجزء الثالث ، مرجع سابق ، ص 21، الهامش رقم (1).

(2) لاحظ: د. ليلي عبدالله سعيد ، كتبها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص 62.

(3) لاحظ : محمد طه البشير ود. غني حصون طه ، مرجع سابق ، ص 25. و المادة (1089) من القانون المدني العراقي التي تنص على أن ((كل من أحرز بقصد التملك متغولا مباحا لامالك ملكه)) تقابلها المادة (1076) من القانون المدني الاردني ، و المادة (870) من القانون المدني المصري.

ملكيته ⁽¹⁾ بولا يتصور حدوث الاستيلاء الا في المنقولات ، اما العقارات فيبقى دائما مملوكا للدولة أو للأفراد ⁽²⁾.

وبذلك نصل الى ان الاستيلاء يخرج من نطاق نظرية ضمان اليد ، لأن محله مال مباح لا مالك له ، أو كان له مالك تخطى عنه بقصد النزول عن ملكيته ، ومن ثم فإن من يضع يده عليه يصبح مالكا له بالاستيلاء الذي هو أحد أسباب كسب الملكية ابتداءا ، ومن ثم لانكون أمام وضع يد على ملك الغير .
وقد أورد احد الفقهاء ⁽³⁾ قاعدة عامة في هذا الصدد مفادها أن ما لايجوز تملكه لا يخضع لأحكام ضمان اليد وتخرج عن نطاقه .

ثانيا: وجود الشيء تحت يد الغير

يقتضي هذا الموضوع بيان مفهوم كل من الأمانة والشيء المضمون ويمكن أيضا إستنباط مفهوم الأمانة من خلال نص المادة (950) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه: (1- الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بإذن من صاحبه حقيقة أو حكما لا على وجه التملك وهي إما أن تكون بعقد إستحفاظ كالوديعة، أو ضمن عقد كالمأجور والمستعار أو بدون عقد ولا قصد كما لو أُلقت الريح في دار شخص مال أحد. 2- الأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك سواء كان بسبب يمكن التحرز منه أم لا، وإنما يضمنها إذا هلكت بتعد أو تقصير منه).

و قد وردت في المادة (762) من مجلة الأحكام العدلية الأمانة، فقد نصت على أنه: (الأمانة هي الشيء الذي يوجد عند الأمين سواء أكان أمانة بعقد إستحفاظ كالوديعة، أو كان أمانة من ضمن عقد آخر كالمأجور والمستعار، أو دخل بطريق

(1) نصت المادة (1104) من القانون المدني العراقي على أنه ((يصبح المنقول مباحا اذا تخطى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته)) لاحظ : د. رضا محمد ابراهيم الشاغلتي ، مرجع سابق ، ص 117.

(2) لاحظ : د. محمد طه البشير و د. غني حنون طه ، مرجع سابق ، ص 26.

(3) لاحظ : د. ايلي عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ص 65.

الأمانة في يد آخر بدون عقد ولا قصد، كما لو ألفت الريح في دار أحد مال جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد لا يكون وديعة بل أمانة فقط).

وإذا ما قورنت هذه المادة بالمادة (950) من القانون المدني العراقي يتبين بما لا يقبل للشك أنها منقولة من المادة (762) من المجلة لكن مع بعض التعديل. وقد تضمنت المادة (950) من القانون المدني العراقي الكثير من الأحكام الخاصة بالأمانة مما حدى بإحدى فقهاء القانون المدني⁽¹⁾ إلى دراستها واستخدامها وذلك بجمعها في عدة نقاط وهي:

إن مصادر الأمانة هي التصرفات القانونية، والوقائع المادية كالأمطار والهواء والحيوان، بعبارة أخرى فإن القانون لم يحصر مصادر الأمانة في الإرادة أو نص القانون، ففضلا عن هذين المصدرين قد يصل المال إلى يد غير المالك بسبب أجنبي لا يد لأحد فيه، كالقوة القاهرة، مثال ذلك ما إذا ألفت الريح في دار شخص مالا مملوكا للغير.

إن الأمانة لا ترد إلا على الأموال المعينة بالذات.

إشترطت هذه المادة أن تكون الأمانة وصلت إلى يد الأمين بإذن من صاحب المال حقيقة أو حكما، والإذن الحكمي يراد به (باعتباره نائباً عن المالك) الذي ورد في المادة (427)، وإلا كيف يمكن تفسير الشطر الأخير من هذه المادة والمتضمنة (بدون عقد ولا قصد)، إذن الأمانة مال مملوك تحت يد غير المالك.

يشترط إنتفاء قصد التملك لدى واضع اليد على الأمانة أي الأمين وهذا ما يؤثر في تقرير مدى مسؤوليته في حالة هلاك المال، وتحمله تبعته، فإذا هلك المال بدون فعله أو تعديه فلا يكون ضامنا قانونا وإن كان الهلاك بسبب يمكن للأمين التحرز منه أم لا، إنما يكون ضامنا إذا ما صدر منه تعدٍ أو تقصير أدى إلى هلاك المال.

(1) لاحظ : د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص 70-72.

قد تكون الأمانة حقا خالصا للمال ولا يكون للأمين أي حق فيها، كما في الوديعة واللقطة وما ألفت للريح في دار الغير، لكنها لا تتعارض مع وجود حق للأمين فيها، فقد يكون له حق إستعمالها كما في العارية، أو حق أخذ منافعها كالمأجور، أو يتعلق حقه في رقبته كالرهن الحيازي.

إن هذا النص - أي نص للمادة (950) من قانون عراقي - أشار إلى إحدى الحالات التي تنقلب فيها يد الأمانة إلى يد ضمان، وذلك إذا ما تعدى واضع اليد عليها أو قصر في حفظها أو إمتنع عن ردها فتتحول الأمانة في هذه الحالة إلى مال مضمون⁽¹⁾.

يجدر بالذكر أن خيانة الأمانة هي من بين إحدى الحالات التي تكون حائلا أو مانعا دون إعمال قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز).
و قد حدد قانون العقوبات العراقي مفهوم خائن الأمانة⁽²⁾.

ويقصد بالشئ المضمون المال الموجود تحت يد الضمان وتختلف مع الأمانة في أن الأخير لا ترد الا على الأموال للمادية فهي تنحصر في أصل الشئ وزوائده المادية كالثمار في حين يرد المال المضمون على أصل المال وزوائده ومنافعه مما يجعل من نطاق المال المضمون أوسع من نطاق الأمانة وذلك لأن يد الضامن تضمن الأموال المادية والمعنوية الناشئة عنها أيضا⁽³⁾.

(1) د. إيلي عبدالله سعيد، الأمانة في المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدر عن كلية القانون، جامعة الموصل، العدد الأول، أيلول 1996، ص(4-5).

(2) وذلك في المادة (453) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل حيث نصت على أن (كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به إليه بأية كيفية كانت أو سلم له لأي عرض كان فليستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفاتنته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد خلافا للغرض الذي عهد إليه أو سلم له من أجله حسب ما هو مقرر قانونا أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن سلمه إياه أو عهد به إليه يعاقب بالحبس أو الغرامة).

(3) لاحظ : د. إيلي عبدالله سعيد ، كتابها: النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص74.

ثالثاً : السيطرة الفعلية لليد

يتكون العنصر المادي للحيازة من مجموعة الاعمال المادية التي يباشرها عادة صاحب الحق للعيني والمقصود به الحيازة المادية للشيء أو السيطرة الفعلية عليه فوضع اليد لايعتد به قانونا الا اذا قام شخص بوضعه في حيازته ، وهذه الاعمال المادية التي يمارسها الحائز على الشيء يجب أن تتفق في مظهره مع طبيعة الحق موضوع للحيازة فاذا كان هذا الحق حق ملكية وجب على الحائز أن يباشر الاعمال التي يباشرها المالك عادة ومن هذه الاعمال المادية استعمال الشيء واستغلاله أو تغييره طبقا لما تسمح به طبيعة الشيء فحيازة الأرض الزراعية تكون بزراعتها والمنزل بسكناه ، لذا لايمكن الاكتفاء بالأعمال للقانونية لتحقيق العنصر المادي للحيازة كالبيع والايجار لأن هذه الاعمال يمكن أن يقوم بها شخص غير حائز ليضا⁽¹⁾.

(1) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حنون طه ، مرجع سابق ، ص 202-203.

المطلب الثاني

أثر تضمين اليد

من المعلوم أن من يعتدي على أموال الآخرين ويصيب الغير بالاضرار جراء ذلك يؤدي الى انشاء حق شخصي للمضروب وترتيب المسؤولية على عاتق الفاعل وعلى الأخير الوفاء فوراً بكل التزام يترتب على عاتقه جراء الخطأ الذي ارتكبه⁽¹⁾، فيقع على عاتق الحائز في كل حيازة وقتية أو حيازة غير مشروعة التزام برد عين المال المحاز الى صاحبه وبصفته التي كان عليها قبل الحيازة ، فاذا تأخر عن الاداء والرد ولم يكن لديه عذر مشروع وتلف المال أو حصل فيه عيب أو نقص يكون ضامناً لأن يده بمثابة يد غاصب⁽²⁾ فإذا تناول أثر تضمين اليد يتألف من شقين ، يتضمن الشق الأول منه تعويض الاضرار الناجمة عن الاعتداء على أموال الآخرين ، حيث يلتزم الضامن بدفعه الى المالك ، ويتناول الشق الثاني للحدث عن قاعدة (كسب ملكية المضمونات بالضمائن) بحيث يصبح للضامن مالكا للمال المضمون بعد دفع التعويض عنه .

أولاً: التعويض

يلتزم كل من الامين⁽³⁾ والضامن على حد سواء بالمحافظة على المال الموجود تحت أيدهم ، كما ويلتزمان برد المال الى صاحبه لأن اليد تقتضي وجوب الرد ، حسب قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)⁽⁴⁾ والزام صاحب يد الأمانة بالرد هو التزام ببذل عناية ، مما يعني أنه في حالة هلاك المال فإن التزامه برد البذل متوقف على مدى تقصيره أو تعمد له أو تعديه ، فاذا لم

(1) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، مرجع سابق ، ص 289 و 292.

(2) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسجه الجديد ، مرجع سابق ، ص 228.

(3) لاحظ : المادة (952) من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه ((يجب على الوكيل أن يعتني بحفظ الوثيقة كاعتنائه بحفظ ماله وأن يضعها في حوز مثله)) .

(4) سبق تخريجه في موضع سابق من هذه الرسالة.

يصدر منه أي تعد أو تقصير لا يكون ضامنا ولا يلتزم بالرد نظرا لعدم مسؤوليته⁽¹⁾، وبالتعدي تتقلب يده الى يد ضمان كخائن الامانة فينقلب من أمين الى غاصب⁽²⁾ في حين أن التزام صاحب يد الضمان بالرد هو التزام بنتيجة ، يلتزم بدفع التعويض حتى في حالة هلاك المال ولا تبراؤه⁽³⁾ وهذا الالتزام بالرد أوضحه المشرع في باب الغصب ، حيث يقضي القانون المدني بأنه ((يلزم رد المال المخصوص عنا وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجودا ، وان صانف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المخصوص معه فان شاء صاحبه استرده هناك ، وان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله ومؤونة رده على الغاصب ، وهذا دون اخلال بالتعويض عن الاضرار الأخرى))⁽⁴⁾.

كما ويقع على عاتق الغاصب التزاما برد زوائد المخصوص ، فقد نصت المادة (196) من القانون المدني العراقي على أنه ((زوائد المخصوص مخصصة مثله فاذا هلك ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان)) .

ونجد اختلافا ملحوظا في مذاهب الفقهاء المسلمين في مسألة زوائد المخصوص وضرورة ردها، حيث يرى جمهور فقهاء الشريعة⁽⁵⁾ ان زوائد المخصوص مخصصة مثله وقد أخذ بهذا الرأي المشرع المدني العراقي وحسنا فعل⁽⁶⁾ ، في حين ذهب الحنفية الى ان زوائد المخصوص امانة في يد الغاصب لا يضمنها الا اذا تعدى عليها سواء أكانت هذه الزوائد متصلة كالسمن أو منفصلة كالثمر⁽⁷⁾.

(1) لاحظ : د. إيلي عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص155.

(2) لاحظ : المادة (201) من القانون المدني العراقي ، والمادة (284) من القانون المدني الأردني.

(3) لاحظ : أستاذنا د. محمد سنيان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والتمسك في كسب الملكية . مرجع سابق ، ص90.

(4) المادة (192) من القانون المدني العراقي ، والمادة 279 من القانون المدني الأردني .

(5) لاحظ : الشيخ علي الحنيف ، مرجع سابق ، ص114-115.

(6) لاحظ : د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق ، مرجع سابق ، ص296.

(7) لاحظ : الشيخ علي الحنيف ، مرجع سابق ، ص115.

كما ويلتزم الغاصب في حالة تعذر رد العين المنصوبة بسبب هلاكها أو قدما
بفتح قيمتها أو إرجاع مثله⁽¹⁾.

ثانيا: كسب ملكية المضمونات بالضمان

ليست الغاية من الضمان كسب الملكية بل المقصود الأساس منه جبر الضرر
أولا وتبعاً له قد يترتب عليه كسب الملكية⁽²⁾، وقد انقسم الفقهاء المسلمون بشأنه إلى
ثلاثة اتجاهات الفقهية⁽³⁾:

الاتجاه الأول: رأي الجمهور

حيث ذهب كل من الشافعية والحنابلة إلى عدم إمكان تملك الضامن للمال
المضمون ، سواء غيره أو غيبه عن مالكه ، فإذا ظهر المال المضمون بيده سالما
أو ناقصا أو متغيرا ، فإن من حق مالكه استرداده بزيادته أو أرش نقصه .

الاتجاه الثاني: رأي المالكية

ذهب المالكية إلى أن قيام الغاصب باستهلاك الشيء المنصوب أو اتلافه يجعل
منه مالكا ويجب عليه إرجاع مثله أو دفع قيمته ، بمعنى أنهم يقرون انتقال ملكية
المنصوب إلى الغاصب ، لكن بحدود .

الاتجاه الثالث: رأي الحنفية

سلك الحنفية مسلكا يختلف تماما عن مسلك الاتجاهين الآخرين حيث ذهبوا إلى
من غصب من آخر شيئا وغيره تغييرا حتى زال اسمه أو اعظم صفاته ، كأن
يكون حنطة فيطحنها دقيقا أو شاء فيذبحها ويشويها ، أو لم يبق بتغييره ولكن غيبه

(1) لاحظ : ناصر جميل محمد للشميلة ، مرجع سابق ، ص 100-101.

(2) لاحظ : لستاندا د. محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع
سابق ، ص 193.

(3) لاحظ بشأن عرض هذه الاتجاهات الفقهية : لستاندا د. محمد سليمان الأحمد ، دور الضمان في كسب
الملكية فيما ، مرجع سابق ، ص 301-312.

عن مالكة حتى طلبه الأخير بالضمان ، فان كلا من أبي حنيفة ، ومحمد وأبي يوسف متفقون على أن الغاصب يملك المال المنصوب بالضمان .

وعلى غرار بعض المذاهب الموجودة في الفقه الاسلامي ، لم تعرف كل التشريعات المدنية العربية بدور الضمان أي التعويض في كسب الملكية ، فمن خلال تناولنا لمواقف بعض القوانين المدنية العربية نجد أن القانون المدني الأردني قد نص صراحة على هذه القاعدة وذلك في المادة ((1085) ، التي نصت على أنه ((المضمونات تملك بالضمان ملكا مستندا الى وقت سببه وبشرط أن يكون المحل قابلا لثبوت الملك فيه ابتداءً))⁽¹⁾ ، كما أخذ بها المشرع المدني العراقي ضمنا وهو ما يفهم من نصوص المواد الخاصة بالغصب⁽²⁾، فلغصب دور في تطبيق هذه القاعدة وذلك في ثلاث حالات واردة في المادة (194) من القانون المدني العراقي بفقراتها الثلاث الآتية⁽³⁾:

((أ- إذا تغير المنصوب عند الغاصب فالمنصوب منه بالخيار ان شاء استرد المنصوب عينا مع التعويض عن الأضرار الأخرى وان شاء ترك المنصوب ورجع على الغاصب بالضمان .

ب- أما اذا غير الغاصب المال المنصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامنا وبقي المال المنصوب له ، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامنا للحنطة وبقي المحصول له .

ج- واذا غير الغاصب بعض أوصاف المنصوب بزيادة شيء عليه من ماله ، فالمنصوب منه مخير ان شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المنصوب عينا مع التعويضات الأخرى وان شاء ترك المنصوب ورجع على الغاصب بالضمان)).

(1) لاحظ : د. علي العبيدي ، مرجع سابق ، ص2.

(2) لاحظ : صالح أحمد محمد الهيبي ، مرجع سابق ، ص138.

(3) لاحظ : ناصر جميل محمد الشميلة ، مرجع سابق ، ص40-41.

كما ويسري على غاصب الغاصب أحكام الغصب ومثل مال المنصوب بيد الغاصب والذي يتصرف إليه الغاصب وكان المتصرف له شيء النية⁽¹⁾.
كما ويعتبر جحد الوديعة في حكم الحال الذي مملو للغصب ، فالوديعة إذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وعليه إذا تلفت في يده بلا تعد يكون ضامنا⁽²⁾.

(1) لاحظ : المادة (198) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (282) من القانون المدني الأردني .
(2) لاحظ : المادة (201) من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (287) من القانون المدني الأردني .

المطلب الثالث

انقضاء تضمين اليد

ان حيازة بعض الاشخاص لأموال بعضهم ، لاتعني بقاء المال المملوك تحت يد غير مالكة الى الأبد ، ذلك لأن ضمان اليد وضع مؤقت ، مصيره حتماً الى الزوال، وذلك برد العين وتسليمها الى صاحبها في حالة وجودها وبقائها وهذا هو الأصل، أو بغيره من الحالات⁽¹⁾.

وقد تطرق كل من الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي الى اسباب انقضاء ضمان اليد ولكن بطريق غير مباشر ، فلم يحظ هذا الموضوع ببحث مستقل ، لذا يمكن حصر حالات الانقضاء في الرد والتملك والهلاك⁽²⁾.

والأصل في التزام واضع اليد على ملك الغير هو الرد عند بقاء العين وقد قمنا بتوضيح مفهومه وكيفية تحققه ، وذلك برد الشيء الى صاحبه أو من ينوب عنه اتفاقاً أو قانوناً وما يترتب عليه من تبرأة ذمة كل من صاحب يد الأمانة ويد الضمان وانقضاء ضمان اليد من تأريخ اتمام التسليم سواء أكان ذلك بالتخلية أو بالتسليم والتسلم ، فلن نعود اليه الآن⁽³⁾ ولذا نقصر في تناولنا لهذا الموضوع على تملك اليد للمال قبل الرد وهلاك المال قبل الرد .

أولاً : تملك صاحب اليد للمال قبل الرد

مثلاً بات واضحاً ، نكون أمام يد الأمانة أو يد الضمان كلما كان هناك انفصال للحيازة عن الملك ، فكلما انفصلت الحيازة عن الملك نكون امام وضع اليد على

(1) لاحظ : د. ايلي عياد سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص194.

(2) لاحظ : د. ايلي عياد سعيد ، مرجع سابق ، ص194، علماً أنها الباحثة الوحيدة التي تناولت موضوع انقضاء ضمان اليد وتعداد حالاتها.

(3) لاحظ : المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الرابع من هذه الرسالة حيث تجد فيه عرضاً وافياً لموضوع الرد.

ملك الغير ، وكما اجتمعت الحيازة مع الملك كنا امام يد الملك ، فلا تنتقل الملكية في يد الامانة أو يد الضمان بل تبقى العين ملكا لملكها الأصلي.

الا أن كل من يد الأمانة ويد الضمان قد ينقلبان ويتحولان الى يد الملك وذلك عند توافر سبب من أسباب التملك ومن الأسباب التي تكسب الملكية كما ذكرنا الاستيلاء والميراث والوصية والانتصاف والعقد والشفعة والحيازة⁽¹⁾ ، وهذه الصورة من تحول اليد تمثل إحدى حالات انقضاء تضمين اليد في القانون المدني⁽²⁾.

ومثال التحول بالعقد قيام المؤجر والمستأجر بالاتفاق فيما بينهما على أن يبيعه المؤجر العين المؤجرة ، ويصبح المستأجر بذلك مالكا ، وتتحول يده من يد أمانة الى يد مالك⁽³⁾.

كما ويمكن تصور هذه الحالة في التسليم المعنوي أو الحكمي للمبيع في عقد البيع أيضا ، ومثاله ما جاء في المادة (495) من القانون المدني الأردني على انه : ((اذا كان البيع في حوزة المشتري قبل البيع بأية صفة أو سبب تعتبر هذه الحيازة تسليما مالم يتفق على خلاف ذلك))⁽⁴⁾. كما وأننا نجد نص المادة (539)⁽⁵⁾ من

(1) لاحظ : في شأن أسباب كسب الملكية ، د. عبد الرزاق احمد السنهاوي ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الأول ، ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000 ، ص7-8 ، وقد أضاف القانون الأسباب (الضمان والألوية) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص151. كما وأضاف بعض الاجتهادات الفقهية نص القانون و القرار القضائي الى هذه الاسباب ، لاحظ : د. نيلي عبدالله سعيد ود. أكرم محمود حسين ، بحثهما تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص149.

(2) لاحظ : د. نيلي عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين ، بحثهما تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص149.

(3) لاحظ : د. نيلي عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص195.

(4) ثار الى هذه الحالة د. محمد سليمان الاحمد ، بحثه تحول اليد في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص269.

(5) قام د. محمد وحيد الدين موار بكثافة هذه المادة من القانون المدني العراقي ، على أساس ان قبض الأمانة و الضمان ليسا على درجة واحدة من القوة في نظر الفقه الاسلامي ، بل يعتبر قبض الضمان-

القانون المدني العراقي أكثر وضوحاً وصراحة بهذا الخصوص ، فقد نصت على انه (إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراما من المالك ، فلا حاجة الى قبض جديد ، سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد أمانة لم يد ضمان) . فقد يودع شخص ماله لدى آخر يقوم الأخير بحفظه له ، فتعد يده يد أمانة ، لكن قد يصل المودع والمودع اليه الى اتفاق ببيع الشيء المودع عنده للمودع لديه ، وبه تتحول يد المشتري (المودع لديه) من يد أمانة الى يد ملك ولا يحتاج هذا العقد الى التسليم ، نظرا لوجود المال تحت يد المودع لديه في وقت سابق أي وقت حفظ الوديعة ، وإذا هلك الشيء تحت يده بعد انعقاد البيع ، فإنه يهلك من ماله بوصفه ملكا له والوقت الذي تتحول فيه اليد من يد أمانة أو يد ضمان الى يد ملك هو وقت إبرام عقد البيع ، أي وقت انعقاد عقد البيع بالنسبة للأشياء المعينة بالذات ، ووقت الأقرار بالنسبة للأشياء المعينة بالنوع وبالتسجيل في الدائرة المختصة بالنسبة للأشياء التي يستوجب القانون لانتقال ملكيتها التسجيل في المسجلات الرسمية⁽¹⁾.

فحسبنا قويا ، لما قبض الأمانة ضعيف ، و القاعدة لديهم أن القبض القوي السابق ينوب محل قبض ضعيف أو قوي لاحق أما القبض الضعيف السابق فلا ينوب عندهم الا محل قبض ضعيف لاحق ، مما يترتب عليه أن قبض الضمان ينوب عن قبض الضمان وقبض الأمانة ، أما قبض الأمانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، بل ينوب عن مثله في الضعف وهو قبض الأمانة ، فلو غصب شخص كتابا من آخر ، ثم فكر في شرائه بعد ذلك من المصنوع عنه ، فلا يتوجب على الأخير القيام بتسليم الكتاب من جديد ، مادام الغاصب قد قبضه قبض ضمان وذلك خلال عملية الغصب ، فهذا القبض قوي ينوب أو يحل محل القبض الواجب ، أما لو أعار مالك الكتاب للكتاب الى شخص لينتفع به ، ثم قام الأخير (المستعير) بشرائه ، فالمعير الذي أصبح بائنا يلتزم بتحديد تسليم المبيع الى المشتري (المستعير السابق) ، وذلك لأن قبض المستعير السابق هو قبض أمانة و هو قبض ضعيف ، لا يستطيع أن ينوب عن القبض الواجب بالشراء وهو قبض قوي ، في حين أن المشرع المدني العراقي قد أغفل الأخذ بهذه التفرقة بين هذين النوعين من القبض وجعلهما على قدم المساواة في المادة (539) من القانون المدني العراقي . لاحظ مؤلفه التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 16-17.

(1) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، بحثه حول اليد في القانون المدني / مرجع سابق ، ص 269-270

و ص 276-277.

ويصدق ما ذكرناه سابقاً على أسباب كسب الملكية الأخرى من حيازة وشفعة ، وهناك بعض الاجتهادات الفقهية ⁽¹⁾ التي تعتبر الضمان مصدراً لكسب الملكية في القانون المدني العراقي وذلك على غرار القانون المدني الأردني ⁽²⁾ وإن لم ينص على ذلك صراحة وذلك بصورة ضمنية ، تستدل من خلال التمعن في قراءة بعض نصوصه القانونية⁽³⁾.

ونخلص بذلك إلى القول بأن توافر سبب من أسباب التملك يؤدي إلى ترتيب آثار قانونية معينة متمثلة في تحول صفة وضع اليد على ملك الغير من يد ضمان إلى يد ملك ، وهذه الحالة من التحول تمثل إحدى طرق لقضاء ضمان اليد .

ثانياً : هلاك المال قبل الرد

إن المال معرض للهلاك سواء أكان في يد مالكة أم في يد الغير وقد يحصل الهلاك نتيجة لأسباب عدة منها الخطأ الصادر نتيجة إهمال وتقصير في الحفظ والرعاية ومنها القوة القاهرة ⁽⁴⁾ التي لا يمكن للإنسان دفعها . فإذا هلك المال تحت

(1) لاحظ : د. محمد سليمان الأحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص42-44 . و د. لؤي عبدالله سعيد ، مؤلفها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص198-199 . و ناصر جميل محمد الشميلة ، مرجع سابق ، ص736 و مابعدها .

(2) فقد عد المشرع الأردني الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية وذلك في المادة (1085) مدني منه ، حيث نصت على أن ((المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه ، ويشترط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ليتداه)) .

(3) كالمراد (135 ، 194 ، 200) من القانون المدني العراقي و لاحظ نقلاصها / د. محمد سليمان الأحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعاً ، مرجع سابق ، ص323 ومابعدها .

(4) اعتبر لقانون المدني العراقي كلا من الآفة السملوية و القوة القاهرة و الحادث المفاجيء و خطأ الغير و خطأ المتضرر من الأسباب الأجنبية التي تقطع العلاقة السببية ما بين الخطأ و الضرر وتنفى الضمان وذلك في المادة (211) منه ، و المادة (165) من القانون المدني المصري التي لم تذكر مصطلح الآفة السملوية ، نظراً لأنه من الفقه الإسلامي ويقابل لقوة القاهرة في القانون ، فاستخدمه بعد من قبيل التكرار لاحظ : بشأن السبب الأجنبي في الفقه الإسلامي ، أسامة عبد العظيم فرج الشيوخ ، مرجع سابق ، ص125-144 . و د. عادل جبيري محمد حبيب ، مرجع سابق ، ص361 و مابعدها .

يد ماله تحمل هو تبعة ماله مطلقا وينتقص هذا الهلاك من ذمته ، أما اذا حدث الهلاك في يد غير ماله ، فان الحكم بضمانها أو عدم ضمانها يختلف عما اذا كان المال موجودا تحت يد الأمانة أو يد الضمان .

فاذا كانت يد الحائز الذي هلك الشيء عنده يد أمانة فإنه لا يضمنها ، مادام الهلاك لم يقع نتيجة تعد أو تقصير في الحفظ صادر منه ، ولا يتحمل تبعة السبب الأجنبي ، ويتحمل المالك تبعة هلاك ملكه في هذه الحالة ⁽¹⁾.

ويتجلى ذلك في الوديعة ، فهي أمانة في يد المودع لديه ، فإذا هلك لم يضمنها وتبرير ذلك يكمن في احتياج الناس للايداع فإذا قلنا بضمان المودع لديه فان ذلك سيكون سببا في ابعاد الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالحهم المسلمين ⁽²⁾.

(1) لاحظ : الشيخ على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص 107 ، د. وهبة الزحيني ، مرجع سابق ، ص 174-175 ، د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي - ج 6 ، مرجع سابق ، ص 181 ، د. عبد الوهاب على بن سعد الرومي ، مرجع سابق ، ص 661 ، د. أسامة عبد العظيم فرج الشيوخ ، مرجع سابق ، ص 165-166 . و د. نزيه حماد ، بحث : عنوان مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الاسلامي ، قدم في المعهد الاسلامي للبحوث و التدريب ، الطبعة الأولى ، 1419هـ - 1998م والطبعة الثانية 1420هـ ، 2000م ، ص 15 ، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.trtipms.org/pubDetA.asp?pub=163> last visit ed (12/1/2008).

(2) لاحظ : شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي قاضي عسكر روملي ، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأملار ، وهي تكملة شرح الفتح القدير للأمام كمال الدين السيوطي المعروف بابن الهمام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدئ ، لشيخ الاسلام برهان الدين على بن أبي بكر المرغيناني ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي ، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م ، ص 508-509.

و د.فايز محمد حسين محمد ، الوديعة في القانون الروماني و الشريعة الاسلامية ، كلية الحقوق ، جامعة منوفية ، 2002 ، ص 143 . د. نزيه حماد ، مرجع سابق ، ص 15-16.

وهكذا هو الحكم بالنسبة لأيدي الأمانة الأخرى كيد المستأجر والوكيل والشريك، فلا تضمن من غير تعد أو تقييد⁽¹⁾.

وقد أخذ المشرع العراقي بالأحكام المتقدمة في الفقه الإسلامي ، إذ نصت المادة (426) منه على أنه ((إذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه)) .

و ورد الحكم نفسه في المادة (950) منه حيث نصت في فقرتها الثانية على أنه ((والأمانة غير مضمونة على الأمين بالهلاك ، سواء كان بسبب يمكن التحرز منه ، أم لا ، وإنما يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعد أو تقصير منه)) .

كما وأن حالات تحول يد الضمان الى يد أمانة تأخذ الحكم نفسه فينتفي عن الأمين الضمان عند هلاك الشيء وتلفه ، منها تحول يد المالك القديم (البائع) قبل التسليم من يد الضمان الى يد أمانة إذا امتنع واجب التسليم لقيام سبب للحبس ، فتعد يده يد أمانة لأنه قام بحبس الشيء عن صاحبه بسبب مشروع⁽²⁾ ، والقاعدة تقول أن الجواز الشرعي ينافي الضمان⁽³⁾.

وحالة ما إذا حصل هلاك المبيع في يد البائع بعد قيامه باعذار المشتري ليتسلم المبيع منه ، فيتحول يده بالأعذار من يد ضمان الى يد أمانة لاتضمن الا بالتعدي والتقصير وينتقل تبعه الهلاك الى المشتري⁽⁴⁾.

(1) لاحظ : د. ليلي عبدالله سعيد ، بحثها يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الإسلامي و القانون المدني العراقي ، مرجع سابق، ص 16-17 و 27.

(2) لاحظ : د. نواف حازم خالد ، لقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق أصلي ، بحث منشور في مجلة الرافدين لحقوق ، تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل ، المجلد الأول ، السنة العاشرة ، عدد 24 ، سنة 2005 ، ص 126-127 ، والمادة (428) من القانون المدني العراقي .

(3) لاحظ : المادة (6) من القانون المدني العراقي .

(4) لاحظ : د. ليلي عبدالله سعيد و د. أكرم محمود حسين ، بحثهما تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص 143-144.

كما وأن يد المدفوع له حسن النية ⁽¹⁾ هي يد أمانة على الرغم من توافر شروط الضمان فيها ، وتعد من الاستثناءات الواردة على يد الضمان لأن صاحبها يحوز الشيء بنية تملكه ، فستمر اليد أمانة باستمرار حسن نية ، ولا يلزم الأمين بضمان زوائد الشيء فهي تأخذ حكم الأصل وتعد أمانة في يده أيضا ⁽²⁾.

و نفس الحكم ينطبق على الدفع للوارث الظاهر ، حيث تعد يده يد أمانة ولا يضمن هلاك الشيء مالم يكن متعديا ⁽³⁾.

وبذلك فإن تحول يد الضمان الى يد أمانة يعد مانعا من قيام الضمان حسب قاعدة (اذا تعارض المانع والمقتضى قدم المانع) ⁽⁴⁾.

ومن كل ما تقدم توصلنا الى نتيجة مفادها أن هلاك الأمانة دون تعد أو نقصير ينسب الى الأمين يكون سببا في نفي الضمان عنه ويتخلص بذلك من المسؤولية ، وينقضي بذلك ضمان اليد .

أما هلاك المال في يد الضمان فيأخذ حكما آخر يختلف عن الحكم الذي يترتب على الهلاك في يد الأمانة ، لأن تبعه الهلاك يتحملها صاحب يد الضمان ، وليس المالك الحقيقي للشيء ⁽⁵⁾ ف سواء وقع الهلاك بالاعتداء الصادر من واضع اليد أم كان لسبب لا يد لصاحب اليد فيه كالقوة القاهرة فإنه يكون مسؤولا ويضمن هلاك المال ، كل ما في الأمر أنه اذا وقع الهلاك بسبب اعتداء من شخص أجنبي استقر

(1) لاحظ : المادة (233) من القانون المدني العراقي ، د. إيلي عبدالله سعيد ، بحثها يد الأمانة و يد الضمان في الفقه الاسلامي و القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص 18.

(2) لاحظ : د. إيلي عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص 203-204.

(3) لاحظ : المادة (384) من القانون المدني العراقي ، ولاحظ لشرحها : د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص 70-74.

(4) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، المنخل لدراسة الضمان ، مرجع سابق ، ص الهامش رقم (1) و الفقرة الاولى من المادة (4) من القانون المدني العراقي.

(5) لاحظ : د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي ، مرجع سابق ، ص 661.

ضمان المال التالف عليه⁽¹⁾، وإن صدر هذا الفعل من المالك الحقيقي وادى الى هلاك المال ، كان ضمانه عليه وليس على واضع اليد تبعه⁽²⁾.

وقد وضع المشرع العراقي حكم يد الضمان في المادة (426) من القانون المدني العراقي فقد ورد فيها أنه (إذا انتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير ، فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد) .

كما وأن حالات تحول يد الأمانة الى يد ضمان يكون مشمولاً بهذا الحكم وذلك كما حددتها الفقرة الثانية من المادة (427) من القانون المدني العراقي بقولها (2- وتتقلب يد الأمانة الى يد ضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير اذنه) ، ولا يقتصر تحول اليد من يد أمانة الى يد ضمان على هذه الصورة الواردة في المادة المذكورة اعلاه فقط بل لها صور عديدة ، كالتهدي والتقصير والاهمال في الحفظ والاخلال بالالتزام بالرد⁽³⁾، فيترتب عليهم التزام بالضمان ويصبح التزامهم بالتزام بتحقيق نتيجة ، فلا ينتهي الضمان حتى بالسبب الأجنبي⁽⁴⁾ لا يساهم ولا يقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر في حالة يد الضمان ، فتكون هذه اليد ضامنة في جميع الاحوال⁽⁵⁾. لأن اثباته لا يساهم في اعفاء يد الضمان من المسؤولية ، ومن صور يد الضمان القائمة

(1) فمثلاً نصت المادة (198) مدني عراقي عاى أنه ((غاصب لغاصب حكمه حكم الغاصب. فإذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب وقتله أو تلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الأول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني، وله أن يضمن مقدراً منه للأول ومقدار الآخر الثاني، فإذا ضمن الغاصب الأول كان لهذا أن يرجع على الثاني وإذا ضمن الثاني فليس له أن يرجع على الأول)) والمادة (282) من القانون المدني الأردني. ولما قابل له في القانون المدني المصري.

(2) لاحظ : الشيخ على الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص108.

(3) سنوينا بالتشرح هذا الموضوع في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الرابع من هذه الرسالة

(4) لاحظ : عبد الرزاق احمد المنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج6 ، مرجع سابق ،

ص183.

(5) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، المدخل لدراسة الضمان ، مرجع سابق ، ص35.

على عمل غير مشروع الغصب ⁽¹⁾ ويعد أقوى صور يد الضمان ، كما وان يد الحائز شيء النية ⁽²⁾ من صور يد الضمان أيضا ، فيلتزم بتحمل تبعة الهلاك وذلك حسب المادة (1168) من القانون المدني العراقي ، الا أنه يلاحظ على هذه المادة أنها أعفت الحائز شيء النية من المسؤولية عند هلاك ، ان هو أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه ، وهذا حكم مجاف للعدالة والإنصاف اذ أن الحائز شيء النية قد حال بين المالك وملكه فيده يد ضمان تضمن في جميع الحالات ، ولا ضرورة لخروج المشرع في هذه المادة على القواعد العامة.

مما تقدم يتبين لنا أنه وفقا للقواعد العامة هلاك الشيء يؤدي الى انتفاء الضمان عن صاحب يد الأمانة ويعفيه من المسؤولية اذا لم يصدر منه أي تعد أو تقصير وينقضي بذلك ضمان اليد ، فهي لحدى طرق الانقضاء ، أما صاحب يد الضمان يكون ضامنا في جميع الأحوال ولا ينقضي التزامه بهلاك الشيء ويلتزم برد لشيء ذاته الى صاحبه ، واذا لم يتمكن من الرد فيلتزم برد المثل في المثليات والقيمة من التقييمات .

(1) سنتناول الغصب في المبحث الثاني من هذا الفصل كاحدى التطبيقات القائمة على وجود قصد مدني شيء فحيل الى هناك .

(2) سنتناول الحيازة بسوء نية في المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذا الفصل .

المبحث الثاني

تطبيقات تضمين اليد القائمة على وجود قصد مدني سيء

ما دمنا قد شرحنا موقف المشرع المدني العراقي في ركونه لقصد التملك كمعيار لتعريف يد الضمان ، بات من المحتم علينا ايراد تطبيقات قائمة على القصد المدني السيء لاستيعاب كافة جوانب الموضوع وابرار دوره من خلال هذه التطبيقات وخصوصا ان الثلاث تطبيقات تجمعها صفة مشتركة ، اذ يعد كل منهم من الوقائع المادية القائمة على وضع اليد على ملك الغير فيقع على مايملكه الانسان من اموال ، وقيام الحكم كذلك سيكون تبعا لوجود نية التملك من عدمه ، عليه سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول الغصب وما في حكمه اما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة اللقطة واما المطلب الثالث فنخصصه لدراسة الحيازة بموء نية .

المطلب الاول

الغصب وما في حكمه

جاء بصدد الغصب: أخذ الشيء ظلما وبإبه ضرب تقول (غصبه) منه، وغصبه عليه و(الاعتصاب) مثله والشيء (غصب) و(مغصوب) ⁽¹⁾.
ويلاحظ على التعريفات اللغوية السابقة اتفاقها في المعنى فيشترط لتحقيق الغصب في الاعتداءات المالية التي هي محور رسالتنا أخذ شيء من يد مالكه أو حائزه مهما كانت نوع حيازته له ، وليتصف أخذ الشيء بالظلم لابد من الايكون للغاصب أي وجه حق يبرر له أخذ الشيء والاستيلاء عليه ، فوجود عقد أو اتفاق ينفي على أخذ الشيء صفة الظلم ⁽²⁾.

(1) لاحظ: الرزقي ، مرجع سابق ، ص418.

(2) لاحظ: د. عبدالفتاح مراد ، الغصب في القوانين العربية و الشريعة الاسلامية ، بدون سنة طبع أو مكان للنشر . ص16.

وقد ورد ذكر الغصب في القرآن الكريم حيث قال الله عز وجل ((أما السفينة فكانت لمساكين يملكون في البحر فأرسلت أن أضيها وكان ورائهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا))⁽¹⁾.

ومن أجل إيضاح وفهم ماهية الغصب لابد من الرجوع الى تعريفه لدى الفقهاء المسلمين ، فقد عرفه فقهاء الحنفية بأنه ((أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده))⁽²⁾.

أما الشافعية فقد عرفوه بأنه ((الاستيلاء على مال الغير بعدوان))⁽³⁾ . أما الحنابلة يعرفونه بأنه ((استيلاء غير حربي عرفا على حق غيره قهرا بغير الحق))⁽⁴⁾ .

وقد اورد المشرع المدني العراقي الغصب كأحد صور الخطأ في باب المسؤولية عن الاعمال الشخصية أو ما تعرف بالمسؤولية التقصيرية⁽⁵⁾ ، الا أن الغصب تترتب عليه أحكام تختلف عن الاحكام العامة التي تترتب على المسؤولية التقصيرية في بعض الحالات والسبب في ذلك يعود الى وجود العديد من الفوارق بين كلا نظامي المسؤولية التقصيرية وضمان اليد ، ومن هذه الفوارق أن انعدام الرابطة السببية بين الخطأ والضرر للسبب الاجنبي كالقوة القاهرة يؤدي الى عدم قيام المسؤولية التقصيرية الذي يستلزم الخطأ والضرر والرابطة السببية للقول

(1) للكهف: 79.

(2) لاحظ شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، المجلد الرابع ، حقه وعلق عليه وخرج لأخيه محمد محمد تاجر وحافظ عاشور حافظ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2006 ، ص 1375.

(3) لاحظ : الامام ابي حامد الغزالي ، الوحي في قواعد وفروع الشافعية ، ط1 ، ص 260.

(4) لاحظ: شرف الدين ابي النجا موسى بن احمد بن موسى بن سالم الحجاي المفسر الصالح ، الاتباع لطلاب الانتفاع ، تطبيق احمد فتحي عبدالرحمن ، المجلد الثاني ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2004 ، ص 194.

(5) لاحظ: المواد (192-201) في القانون المدني العراقي.

بوجود المسؤولية التقصيرية ، أما في أحكام يد الضمان فصاحب اليد يضمن حتى لو أثبت وجود السبب الاجنبي لأنها تكون ضامنة في جميع الاحوال وبالتالي لا تحتاج الى الرابطة السببية في يد الضمان لكي نقر بمسؤولية صاحب يد الضمان (1) فلا يغير من حكمه انعدام الخطأ أو الرابطة السببية (2) ، كما أن انعدام صفة الخطأ في الهلاك لا يغير من حكمه ، لأن الخطأ منسوب الى أصل الفعل وهو الغصب .

كما وانه يؤخذ على المشرع المدني العراقي عدم ذكره لدرجة الخطأ الذي يشكل الغصب ، كما وانه أخذ لحكام الغصب من الفقه الاسلامي وهذا الفقه ذو نزعة موضوعية لا يحفل بالنية والبواعث ، الا انه وفي ظل القانون المدني فإنه يمثل احدى تطبيقات أو صور المسؤولية التقصيرية وبالتالي يحتاج الى وقوع خطأ من الغاصب حتى يعد فعله غصباً وهذا الخطأ من وجهة نظرنا لا يمكن أن يكون خطأ افعال لأن المشرع المدني العراقي عندما حدد مفهوم حسن النية أناطه أو ربطه بالجهل (3) لذا وحسب هذا المعيار لا يمكن أن نطلق عليه انه غاصب ، كما وان الاهمال بحد ذاته غير كاف للقول بوجود الغصب لأن الاخير يشكل اعتداء على الحيازة لذا يجب للتصدي لموضوع حسن النية وسوءها ، فأذا ما كان متعمداً بنيته مريداً نتائج فعله فهو سيء النية لذا فهو غاصب وتترتب عليه المسؤولية اما اذا جهل به فلا يعد غاصباً.

لذا فإن تكييف واقعة الغصب في الفقه الاسلامي يختلف عما هو في القانون ولا يخرج عن احد فرضين:

1- اما ان الغاصب لا يعلم انه مال الغير واعتقد أن له حقاً فيه.

2- أو اخذه بنية الاضرار بالغير وقصد تملكه .

(1) لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد ، المنخل لدراسة الضمان ، مرجع سابق ، ص 33.

(2) لاحظ: د. ليلى عبدالله سعيد ، ضمان اليد ، وضع يد على ملك الغير المصدر السادس للقانون ،

مرجع سابق ، ص .

(3) المادة (1148) لقانون المدني العراقي.

في القانون يختلف الحكم عما هو مقرر في الفقه الاسلامي ، لأن من يجهل أنه يعتدي على حق الغير ظناً منه ان له حق في الشيء عده القانون حسن النية ويتملك الثمار والزوائد التي قبضها طوال فترة حيازته بحسن نية⁽¹⁾ بينما اذا كان سيء النية يعد غاصباً وملزماً بالضمان.

وهذا ما يؤكد ان الفقه الاسلامي فقه ذو نزعة موضوعية بخلاف القانون المدني الذي يحفل بالنية والقصد ، لذا ومن وجهه نظرنا لا يكتفي بمجرد صدور افعال من شخص للقول بوجود واقعة الغصب.

اذن وفي ظل قواعد القانون المدني اذا ما اردنا تكيف فعل الغاصب هل هو غصب أم لا ، يجب أن نفعل ذلك في ظل القصد المدني لأن المشرع العراقي اولاه اهتمامه وعرف صاحب يد الضمان ، بأنه الحائز لاموال الغير بنية تملكه ، فتكليف فعله يخضع لعناصر القصد المدني من علم وإرادة وقدرة ، فالغاصب عالم لما يقدم عليه ويريد كما أن لديه القدرة للقيام بذلك ويعد بذلك سيء النية لأن في حيازته اعتداء على حق الغير ، واذا ما تخلف احد عناصر القصد المدني كعدم علمه بعائدية المال الذي بحوزته للغير يعد حينئذ حسن النية ، لأن فأن تكيف فعله بأنه غصب يختلف تبعاً لاختلاف نواياه ومقاصده وينجم عنه اختلاف في الاحكام.

بينما في الفقه الاسلامي فيما عدا الفقه المالكي الذي اشترط فقهاه القصد أي قصد تملك مال الغير لكي يعد غاصباً ، لم يشترط فقهاء المذاهب الاخرى هذا الشرط⁽²⁾ لأن عمد الغاصب وعلمه من عدمه لا يؤثر في استقرار الضمان عليه فحتى لو كان جاهلاً انه يقدم على غصب مال آخر يستقر ضمان المال التالف عليه⁽³⁾.

(1) المادة (1165) من القانون المدني العراقي.

(2) لاحظ: د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، مرجع سابق ، ص 287.

(3) لاحظ: د. محمد احمد سراج ، ضمان العونان في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص 55.

والسبب في ذلك كما ذكرنا سابقاً ان هذا الفقه هو فقه ذا نزعة موضوعية قلما يحفل بمسوء النية أو حصنها ، وبالتالي لا يكلف نفسه عناء البحث عن هذا العنصر الذاتي باعتباره تشريعياً ذا نزعة موضوعية⁽¹⁾.

وخلاصة القول في الفقه الاسلامي أن الغضب يقتضي وجوب الرد اذا كانت العين باقية ، أو الضمان ، وذلك في حالة الهلاك ، والذي يترتب على الفعل مطلقاً، أي نون أن يتوقف على نيته وقصده ، سواء أكان عامداً أم مخطئاً يترتب عليه الضمان ، باعتبار أن الغضب تجاوز وعدولن على حق من حقوق العباد لذا لا فرق بين المخطيء والعامد والمجنون والصغير والكبير ، لأن وجوب الضمان من الاحكام الوضعية فلا يتوقف على العلم والقصد وبالتالي لا اثم عليه لأنه خطأ والخطأ موضوع عن الامة⁽²⁾ . ولكن للقصد المدني دور كبير في تحول يد الأمانة الى يد ضمان ، اذ أن هذا الفقه قد عرف يد الأمانة بأنها اليد التي لا تضمن الا بالتعدي ، فبالتعدي تضمن اليد ، وللتعدي قائم في أغلب صورته على القصد . أما الحال الذي يعتبر مساوياً للغضب فقد أشارت اليه المادة (201) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن ((الحال الذي هو مساوي للغضب في إزالة التصرف حكمه حكم الغضب ، فالوديع اذا أنكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الإنكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً)) .

(1) لاحظ: د. محمد وحيد الدين مولى ، مرجع سابق ، ص 24 .

(2) لاحظ: د. حامد عبده سعيد القتي ، أحكام الغضب في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005 ، ص 92 .

المطلب الثاني

اللقطة

يمكن تقسيم حكم اللقطة على مرحلتين في الفقه الاسلامي وهما مرحلة ما قبل الانتقال ومرحلة ما بعدها (1).

والذي يعني هنا بشكل أساس هو المرحلة الثانية ، لان المقصد الاساس السذي نبغي الوصول اليه من وراء ذلك هو اظهار ما للنية من أثر في اللقطة ، وهذه المرحلة هي الكفيلة بإيصالنا لهذا المقصد ، لأنه يرتب مجموعة من الالتزامات على عاتق الملتقط يمكن من خلالها تحديد صفته كأمين أو كضامن وذلك تبعاً لنيته وقصده عند الانتقال.

واللقطة في اللغة يراد بها معان كثيرة ، يقال لقطة ، أي أخذه من الأرض ، فهو ملقوط ولقيط ، واللتقطه أي عثر عليه من غير طلب (2).

وفهم ما تقدم أن اللقطة هي المال الواقع على الأرض ولا يعرف له مالك وهي لكونها مالا مرغوبا فيه جعلت أخذها مجازا ، لكونها سببا لأخذ من رآها (3).

وبذلك فإن اللقطة تختص بالمال ، في حين أن اللقيط ، مع أن فيه معنى اللقطة ، إلا أنه أخص بالأنمي فإنه يسمى لقيطا (4) كما وإن ضالة الأبل والغنم والبقر يخرج عن نطاق هذا التعريف (5).

(1) لاحظ: بشأن هذا التقسيم د. عبدالمطلب عبد الرزاق حمدان ، المال الضائع ، حقيقته وحكمه وطرق التقاطه في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، لسكنيرية ، 2007، ص39 وما بعدها.

(2) لاحظ: الفيروز آبادي ، مرجع سابق ، ص686 باب الطاء فصل اللام.

(3) لاحظ: السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ، مرجع سابق ، ص158، باب اللام.

(4) اللقيط هو بمعنى الملقوط ، أي المأخوذ من الأرض ، وفي الشرع لم لما يطرح على الأرض من صغار بني آدم ، خوفا من العيلة أو فرارا من تهمة الزنا ، لاحظ: الجرجاني ، مرجع سابق ، ص158 باب اللام.

(5) الضال: للمملوك الذي ضل الطريق إلى منزل ماله من غير قصد ، لاحظ: الجرجاني ، مرجع سابق ص113 ، باب الضاد . ويرى بعض الباحثين أن أخذها في زمننا هذا أولى لأن الغالب فيه الضياع -

وتختلف اللقطة عن المال المترك (1) في ان الاخير من الاشياء المنقولة المتروكة اصلا ويصلح أن يكون محلا للاستيلاء اذا تخلى عنها صاحبها بقصد النزول عن ملكيتها زهدا فيها أو تخلصا منها كالأوراق والزجاجات الفارغة ، أو لم يكن لها مالك أصلا كالطير في الهواء والسمك في الماء ، ويتحقق بعنصرين ، أولهما مادي ، والمقصود به التجرد عن حيازة الشيء وخروجه عن السيطرة المادية لمالكة ، وثانيهما معنوي ، وهو نية للتخلي عن ملكية الشيء حتى يستطيع من يعثر عليه أن يحوزه ويملكه (2) في حين أن ((الضياع عبارة عن واقعة مادية مفادها أي يفقد المالك الشيء الذي يملكه بسبب إهماله أو بسبب لادخل لارادته أو لارادة أحد فيه)) (3)

فالنقطة الأساسية في اللقطة هو ضياع المال من مالكه ، ويتحقق هذا المفهوم بفقد المالك الحيازة المادية على شيء دون أن تكون لارادته أو لارادة أحد دخل في ذلك ، ولا يصلح محلا للاستيلاء ، ويتم الاعتماد على القرائن في التمييز بين اللقطة والاشياء المتروكة ، فإذا ما وجد شخص في قطار حقيية نكد الظواهر على انها

والفرق بين اللقطة والضياع هو لاختلاف في الجنس والحكم ، أما في الجنس لأن اللقطة جماد والضياع حيوان ، أما في الحكم فلأن الملقط اذا قام بتعريف اللقطة فعرفها صاحبها ردت اليه أي انها تأخذ حكم التعريف والا فالملقط استغلقها ، لاحظ: عبدالمطلب رزاق حمدان ، مرجع سابق ، ص 14 الهامش رقم 3 ، أما الضوال فقد اختلف الفقهاء للمسلمون في حكم التقاطها باختلاف أنواعها ابتلا أو شاء أو غيره ، لاحظ: بشأن هذه الاختلافات د. حمدي رجب عبدالنبي حسن ، اللقطة ومدى مسؤولية الملقط عنها وحكم تملكها أو المكافأة عليها في الفقه الاسلامي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 33-50.

- (1) المادة (1098) مدني عراقي متوافقة مع المادة (870) مدني مصري والمادة (1076) مدني أردني.
- (2) لاحظ: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع ، المجلد الأول ، مرجع سابق ص 35 .
- (3) نقلا عن : دكتور محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ص 110 والهامش رقم (1).

لمسافر ، يعد قرينة على أن الحقيقة ليست شيئاً متروكاً ، بل تسري عليها أحكام اللقطة⁽¹⁾.

كما وان اللقطة قد يختلط مفهومها بمفهوم الكنز⁽²⁾ نظراً لوجود نقاط اتفاق واختلاف بينهما ، فكلاهما لا يصلحان أن تكونا محلاً للاستيلاء ، لأنهما لا يخرجان عن ملكية مالكيهما فهما لم يتخلى عنهما ، كما أن المالك في كلاهما وقت العثور على الشيء غير معروف ، لكنهما يختلفان في أن اللقطة منقول ملقى في مكان ظاهر أمام الناس ، أما الكنز فهو مدفون أو مخبأ تحت الأرض⁽³⁾ .

وإذا انتقلنا إلى مرحلة ما بعد الالتقاط وهي المرحلة التي تهمنا ، لأنها تكفل إظهار دور القصد المدني في اللقطة ، ويتبادر إلى الأذهان السؤال التالي ، بأي صفة تدخل اللقطة في حوزة الملتقط؟

إن الإجابة على هذا السؤال يعتمد على نية الملتقط وقصده عند الالتقاط ، فإذا التقط أحدهم لقطة فحفظها عنده فقد يكون حفظه للعين بقصد إعادتها إلى مالكيها ، وقد يكون بقصد تملكها والاستئثار بها لنفسه⁽⁴⁾ ويترتب على كلتا الحالتين أحكام مختلفة ، لأن يد الملتقط تعد يد أمانة في الصورة الأولى لأنه حسن النية وأخذها بنية الرد ويكون عند ذلك وديعة ، فلا يكون ضامناً للمال إذا كان الهالك نشأ عن

(1) لاحظ: د. عبد الرزاق أحمد المنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع ، المجلد الأول ، مرجع سابق ، ص 35-36 .

(2) المادة (1101) مدني عراقي ، والمادة (872) مدني مصري ، وبين المادتين اختلاف ، لأن المشرع العراقي في هذه المادة أثبت ملكية الكنز الذي يعثر عليه في أرض موقوفة بجهة الوقف لا للوقف وورثته بخلاف التقنين المدني المصري الذي جعله ملكاً خالصاً للوقف وورثته ، كما وان المشرع العراقي قد أثبت ملكية الكنز الذي يعثر عليه في أرض أميرية للدولة ، ولا يوجد مثل هذا الحكم في القانون المدني المصري .

(3) لاحظ: د. عبد الرزاق أحمد المنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء التاسع ، المجلد الأول ، مرجع سابق ، ص 26-27 و ص 36 .

(4) لاحظ: د. حسن علي الننون ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص 279 ، د. حامد مصطفى ، الالتزامات والعقد في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الاهالي ، بغداد ، 1943-1944 ، ص 97 .

خطأ صادر منه ، بينما تعد يد الملتقط في الصورة الثانية يد ضمان ويكون عند ذلك غاصبا لما في نية تملك مال الغير من سوء نية واعتداء على حقوق الآخرين ، ويتحمل تبعه الهلاك حتى لو كان بقوة قاهرة ⁽¹⁾ ولا سبيل الى معرفة أحد الأمرين الا بالجوء الى النية والقصد ⁽²⁾ .

وتبين لنا مما تقدم أهمية الدور الذي لعبه القصد في تكييف صفة اليد واعتبار الملتقط أمينا أو ضامنا تبعاً لنيته وقصده عند الالتقاط ، ولا يمكن التعرف على هذين الحكيمين المختلفين الا بالركون الى النية والقصد ، ففعل الأخذ في الحالتين واحد ، لكن الحكم اختلف تبعاً لاختلاف النية والقصد عند الالتقاط.

ونظرا لأن واقعة اللقطة تضرر وراءها إحدى لراحتين متباينتين ⁽³⁾ ومصدر هذا التباين هو التباين في القصد ، وبما أن الأخير من كوامن النفس فهي أمور خفية بحيث يصعب استخلاصها ، لذا فإن فقهاء الحنفية ⁽⁴⁾ لم يكتفوا بالوقوف عند القصد والاستناد اليه كمعيار لتحديد طبيعة يد الملتقط وضمانه أو عدم ضمانه ، بل اشترطوا الاشهاد ⁽⁵⁾ للتمييز بين نية الحفظ لملكه عن نية تملكه ، بعبارة أخرى انه

(1) لاحظ: د. حسن علي النون ، مرجع سابق ص 279.

(2) لاحظ: د. حامد مصطفى ، مرجع سابق ص 97.

(3) لاحظ: د. محمد وحيد الدين سوار ، مرجع سابق ، ص 45 ، د. حسن علي النون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، للخطأ ، مرجع سابق ، ص 300.

(4) لاحظ : عبدالمطلب رزاق حمدان ، مرجع سابق ، ص 63 .

(5) المقصود بالاشهاد أن يقول الملتقط بسمع من الناس في اللقطة لقيته ، فأي الناس أشهدا فلوله علي ودليل الحنفية على وجوب الاشهاد ما روي عن عياض بن حمار رضي الله عنه قال: قال رسول الله (ص) ((من وجد لقطة فليشهد نوي عدل وليحفظ غفصها و وكأها ثم لا يكتم ولا يخب فإن جاء رباها فهو أحق بها والا فهو مال يأتقه من يشاء)) وقلوا أن عبارة (فليشهد) أمر ، والامر يقتضي الوجوب وإذا لم يشهد فهو دليل على أنه أخذها لنفسه ، لاحظ بشأن تخريج الحديث ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، مرجع سابق ، حديث رقم 2525 ، ص 427. أما الشافعية فيرون في الاشهاد أمرا مستحبا ولمسكوا في ذلك بالسنة ، فقد روى زين بن خالد الجهني ((أعرف غفصها و وكأها ثم عرفها سنة)) لاحظ : ابن ماجة ، المرجع السابق ، ص 427 ، وفي هذا الحديث الشريف أمر بالتعريف دون الاشهاد ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ولو كان الاشهاد ولجبا لكان الذي (صلى الله عليه وسلم) قد قام ببيان ذلك الامر -

يضع الحد الفاصل للتمييز بين جهة الامانة من جهة الضمان ، ويسقط عن الملتقط الضمان لأنه يدل على انه أخذ اللقطة نيابة عن صاحبها وان يده يد امانة ، ويعكسه فإن عدم الاتهاد يدل على انه اخذه لنفسه ويقصد تملكه ، مما يؤدي الى استقرار الضمان عليه ويأخذ حكم الغصب ويده يد ضمان ، والمغصوب مضمون على الغاصب.

ويعد القانون المدني العراقي المدونة العربية الوحيدة التي نظمت أحكام اللقطة وتناولها من خلال مادة واحدة وهي المادة (974) من القانون المدني العراقي ، وذلك بإيراده ضمن حالات خاصة من الإيداع فقد نصت هذه المادة على أنه ((1- اذا وجد شخص شيئاً ضائعاً فأخذه على سبيل التملك ، كان غاصباً ووجب عليه الضمان اذا هلك ولو بدون تعد. 2- أما اذا أخذه على أن يردّه لمالكه كان أمانة في يده ووجب تسليمه للمالك وفقاً للإجراءات التي يقرها القانون)).

وبأمعان النظر في هذه المادة نجد أن عد يد الملتقط يد أمانة أم يد ضمان يكون تبعاً لاختلاف نية الملتقط وقصده عند التقاط المال ، فإذا كان قد أخذ الشيء الضائع بنية رده إلى مالكه الأصلي فإن يده تكون يد أمانة في هذه الحالة ولا يضمن بالتالي هلاك المال إلا اذا صدر منه خطأ أو تقصير ، بينما اذا أخذه بنية الاحتفاظ به لنفسه وتملكه فهو سيء النية ويعد غاصباً ويده يد ضمان ويضمن تبعاً هلاك الشيء أيضاً كان سبب الهلاك حتى لو كان بسبب أجنبي ، فيحدد أنه أمين أو غاصب تبعاً لنيته وقصده عند الالتقاط (1) .

” وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يذكر انه واجب ، فلو كان واجبا لكان قد ذكر الامر فيتعين حمل الامر في حديث عياض على التنب و الاستحباب دون الوجوب ، للتفاصيل أكثر لاحظ : د. عبد المطلب رزاق حمدان ، المرجع السابق ، ص 63-64.

(1) لاحظ : د. حسن علي الننون ، الخطأ ، مرجع سابق ، ص 330.

ويلاحظ على هذه المادة أن المشرع قد عد الملتقط فيها غاصبا ويأخذ حكم الغصب ، ولايستطيع بالتالي أن يحتج على المالك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية أو دليل الملك) حيث يشترط لأعمال حكم هذه القاعدة الا يكون المنقول قد خرج من تحت يد مالكه بأحدى الوسائل التي حددها القانون وهي الضياع والسرقة والغصب وخيانة الأمانة ، فله أن يسترده في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة⁽¹⁾.

ونجد بذلك أن كلا من الفقه الاسلامي والقانون المدني قد اعتدا بالقصد المدني في مسألة اللقطة ، فالمشرع العراقي قد تأثر بالفقه الاسلامي تأثراً واضحاً وجاءت أحكام لللقطة مأخوذة من هذا الفقه ومتفقة تماماً معه ، حتى أننا نستطيع أن نقول أنه يعد من أبرز المسائل التي تؤدي فيه القصد والنية دورها ، ونلجأ لتحديد قصده المدني هل هو حسن أو سيء تبعاً لنيته عند الالتقاط .

(1) لاحظ : المادة (1164) من القانون المدني العراقي ، والمادة (1190) من القانون المدني الأردني ، و المادة (977) من القانون المدني المصري.

المطلب الثالث

الحيازة بسوء النية

لكي توجد حيازة بالمعنى القانوني الدقيق لابد من أن يتوافر فيها عنصران ، احدهما مادي والآخر معنوي ، ويترجم العنصر المادي في القيام بالأعمال المادية التي يستلزمها مضمون الحق محل الحيازة وتتفق مع طبيعتها ⁽¹⁾ والأعمال المادية التي يتوافر بها هذا العنصر هي استعمال الشيء واستغلاله وذلك بالقدر الذي تسمح به طبيعة الشيء ⁽²⁾ فالسيطرة المادية بالنسبة للدار تكون بالسكن فيه أو إيجاره للغير ، أو القيام بحرثه وزراعته إذا كان من العقارات الزراعية ⁽³⁾.

أما المقصود بالعنصر المعنوي فهو القصد ، فيجب لقيام الحيازة وإنتاجها لآثارها القانونية توافر العنصر المعنوي المتمثل في قصد تملك الشيء محل للحيازة أو الظهور بمظهر صاحب حق من الحقوق العينية المنفردة عن حق الملكية كحق الانتفاع أو الارتفاق أو السكنى ⁽⁴⁾ ويجب توافر هذا العنصر عند الحائز شخصيا ولا تجوز النيابة فيه ⁽⁵⁾.

(1) لاحظ : د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 403.

(2) لاحظ : د. محمد طه البشير و د. غني حنون طه ، مرجع سابق ، ص 202.

(3) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، الحيازة وأحكامها في التشريع السوري و التشريعات العربية ، الطبعة الثانية مريدة و منقحة ، تدوير للتضيد و الطباعة ، 1995 ، ص 22.

(4) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص 26.

(5) ونظرا لأن الركن المعنوي قولاه نية التملك ، فإنه يشترط في الحائز أن يكون أهلا ، فلا يمكن تصور صدور نية التملك من عديمي التمييز ، كالصبي دون السابعة من العمر أو المجنون ، إلا أن ذلك لا يشكل حاجلا بينه و بين كسب الحيازة و ذلك عن طريق من ينوب عنه ، وذلك حسب المادة (950) من القانون المدني المصري ، ولا مقابل له في القانون المدني العراقي ، أما بخصوص المميز النقص الأهلية، كالصبي المميز و المحجوز عليه لسنه ، فإنه يجوز أن يتوافر عنده شخصيا عنصر القصد ، إذ لا يشترط في توافر عنصر القصد كمال الأهلية بل يكفي فيه التمييز ، ولأن الحيازة تكفي بأنها واقعة مادية تحدث آثارا قانونية وليست تصرفا قانونيا حتى تشترط الأهلية ، وللتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع-

ويضع هذا العنصر الحد الفاصل ما بين الحيازة العرضية والحيازة القانونية⁽¹⁾ والحيازة العرضية هي الحيازة التي تقتصر على مجرد الحيازة المادية المحضنة من قبل الحائز ، دون وجود نية لديه في حيازة أي حق من الحقوق العينية ، فهو حائز لحساب غيره لا لحساب نفسه ومن أمثلته المستأجر أو المستعير أو الوكيل أو المودع لديه ، أما الحيازة القانونية فالمقصود بها أن يكون للحائز السيطرة الفعلية على الشيء إضافة الى نية الظهور بمظهر المالك له أو صاحب حق عيني آخر عليه ، وفي مثل هذه الحيازة انما يحوز الشخص لحساب نفسه لا لحساب غيره⁽²⁾. ونستنتج مما سبق أن الحيازة العرضية تقوم على الركن المادي فقط بينما يتوافر الركنان المادي والمعنوي في الحيازة القانونية : وبدونها لا يمكن وصف الحيازة بأنها قانونية ، ومما يعاب على المشرع العراقي أنه أغفل الإشارة الى الركن المعنوي في تعريفه للحيازة في المادة (1145) من القانون المدني ، وكان التعريف جاء للحيازة العرضية وليس للحيازة القانونية .

والفرقة بين هاتين الحيازتين له أهميته ، وذلك نظرا للنتائج التي تترتب على كل منها ، أن الحائز العرضي لا يستطيع أن يتمسك بهذه الحيازة لكسب الحق العيني بالتقادم ، لأن الحيازة القانونية وحدها التي تؤدي الى كسب هذه الحقوق بالتقادم ولا يستطيع أيضا أن يحمي حيازته بدعوى من دعوى الحيازة ، نظرا لأن هذه الدعوى تختص بالحيازة القانونية وحدها دون الحيازة العرضية⁽³⁾ .

ـ لاحظ : د. عبد الرزاق احمد المنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية للجزء التمسك ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 823-825 ، و الهامش رقم (3) في الصفحة 824.

(1) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حنون طه ، مرجع سابق ، ص 205 .

(2) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 400-401.

(3) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد المنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التمسك ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 829.

الا أن هنالك حالتين استثناهما المشرع المدني ، من هذا الأصل حيث يمنح بموجب الحائز العرضي الحماية القانونية بدعوى الحيازة حيث يجيز لمن يحوز بالنيابة عن غيره أن يسترد الحيازة ⁽¹⁾ كما وأعطى المستأجر الحق في رفع جميع دعاوى الحيازة وذلك لحماية حيازته العرضية ⁽²⁾ وتجدر الإشارة الى أن بإمكان الحائز العرضي تغيير صفة حيازته العرضية ويكون ذلك إما بفعل الغير أو بفعل الحائز ، ولا يكفي في تغيير الحائز صفة وضع يده مجرد تغيير نيته والا زالت الحدود بين النوعين من الحيازة ، وأصبح من السهل قلب كل حيازة عرضية الى حيازة قانونية ⁽³⁾.

كما وأن القصد هو الذي يميز الحيازة الحقيقية من الحيازة التي يمارسها الغير على أنها رخصة من المباحث أو عمل مبني على سبيل التسامح ، بعبارة أخرى أن الركن المعنوي متتقي في الاعمال المبنية على التسامح ⁽⁴⁾.
وبناء على ما تقدم فإن حماية الحائز لحساب غيره بدعوى الحيازة واعطاء النائب عن غيره حق استرداد الحيازة ، هو انعكاس للنظريتين الشخصية والمادية في الحيازة ⁽⁵⁾ نظرا للخلاف والجدال الفقهي الحاد الذي أثاره الركن المعنوي ، فأنقسموا بشأنها الى تلك النظريتين للشخصية والمادية .

(1) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (1150) من القانون المدني العراقي ومتفقة مع الفقرة الثانية المادة (958) من القانون المدني المصري.. وهذه الدعوى عبارة عن دعوى استرداد الحيازة و دعوى منع لتعرض و دعوى وقف الاعمال الجنبية.

(2) لاحظ : الفقرة الاولى من المادة (575) من القانون المدني المصري.

(3) لاحظ : لتفاصيل أكثر حول هذا الموضوع : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 401 ، والمادة (1160) من القانون المدني العراقي ، متفقة مع المادة (972) من القانون المدني المصري.

(4) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص 26. الفقرة الثانية من المادة (1145) من القانون المدني العراقي ، موافقة للفقرة الاولى من المادة (949) من القانون المدني المصري ، وتقابلها الفقرة الثالثة من المادة (1171) من القانون المدني الأردني .

(5) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 402-403.

وتذهب النظرية للشخصية والذي يمثلته الفقيه الفرنسي (سافيني) الى أن الحيابة عنصر معنوي الى جانب العنصر المادي ، ولاتقوم الحيابة على مجرد السيطرة المادية ، بل يجب بالاضافة الى ذلك توافر عنصر معنوي وهو عنصر القصد ، ويقصد بهذا العنصر حسب رأي أصحاب هذه النظرية أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه ، فيباشر سلطته على الشيء بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر عليه (1).

أما النظرية المادية وصاحبها الفقيه الألماني (اهرنج) تذهب الى القول أن عنصر القصد ليس عنصرا مستقلا عن عنصر السيطرة المادية ، ولا يمكن الفصل بينهما ، بل أن العنصر الأول (المادي) يتضمن العنصر الثاني (المعنوي) ، ولذا كانت توجد ارادة أو نية أو قصد في الحيابة ، فليست هذه الارادة أو القصد الا في الاعمال المادية التي يقوم بها الحائز لتحقيق سيطرته ، إذ أن هذه الاعمال يجب أن تكون أعمالا ارادية قصدية ، سواء أكان الشخص يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره ، وذلك بخلاف النظرية للشخصية والتي يجب فيها أن يحوز للشخص لحساب نفسه حتى يعد حائزا (2).

وتتخصص أهم النتائج المترتبة على كلتا النظريتين في أن النظرية الشخصية لا تقرر الحماية القانونية بمقتضى دعاوى الحيابة الا للحيابة القانونية دون الحيابة العرضية ، فلا تحمي هذه النظرية حيابة المستأجر ، أما النظرية المادية فتري أن هذه الحماية تمتد أيضا للحيابة العرضية وتشملها (3).

(1) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المعني الجديد ، أسباب كسب

الملكية ، الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 803-805 .

(2) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 805-808 .

(3) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 403.

ونستنتج من كل ذلك أنه وعلى الرغم من أن التشريعات العربية قد تأثرت تأثيراً كبيراً بالنظرية المادية واستمدت منها أهم نتائجها من حيث إعطاؤها الحماية للحائز لحساب غيره بدعوى الحيازة⁽¹⁾. وإعطاء النائب عن غيره حق استرداد الحيازة⁽²⁾.

ألا أن هذه الحالات تبقى استثناء والاستثناء لايجوز التوسع فيه ، وتبقى تأخذ بالنظرية الشخصية ، فتوجب هذه التشريعات لقيام الحيازة توافر العنصر المعنوي وهو عنصر القصد المتمثل في نية استعمال حق من الحقوق والدليل على ذلك أيضاً المادة (963) من القانون المدني المصري⁽³⁾ والتي تنص على انه ((إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزته هو من له حق الحيازة المادية ، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة)) حيث قابلت هذه المادة ما بين الحيازة المتضمنة على عنصر نية استعمال الحق ومجرد الحيازة المادية⁽⁴⁾.

ألا أن هذا الركن المعنوي المتمثل في نية التملك التي اشترطت القوانين توافرها في الحيازة والتي لا تقوم بدونها قد يكون قصداً حسناً وقد يكون قصداً سيئاً ، ذلك لأن الحيازة ليست دائماً قائمة على عمل غير مشروع ، إذ قد يكون هناك سبباً صحيحاً لها ، وهذا ما حدا بالمشرع أن يميز بينهما ، كما وأن الآثار التي تترتب على الحيازة من كسب الملكية بالتقادم الطويل أو القصير وتملك الثمار وتحديد

(1) لاحظ : الفقرة الأولى من المادة (575) من القانون المدني المصري.

(2) لاحظ : الفقرة الأولى من المادة (1150) من القانون المدني العراقي ، متفقة مع الفقرة الأولى من المادة (958) من القانون المدني المصري.

(3) للمادة (1147) من القانون المدني العراقي.

(4) لاحظ : في تفاصيل هذا الموضوع د. عبد الرزاق لحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أبواب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 815 و الهامش رقم (2) و (3) من نفس الصفحة.

مسؤولية الحائز عن الهلاك مرتبط بشكل أساس فيما اذا كانت هذه الحيازة بحسن نية أو سوء نية ، فتختلف الاحكام تبعا للقصد والنية الحسنة أو السيئة .

فماعدًا حالات دعوى الحيازة الثلاث والتي لا تحتاج لرفعها أن يكون الحائز حسن النية ، فللحائز رفعها حتى لو كان سيء النية ، فإن هنالك أهمية للتمييز بين حسن النية وسوء النية في الحيازة في الاحوال الآتية :⁽¹⁾

1- في اعتبار الحيازة سببا للملك ، يختلف حكم الحيازة بحسن نية اختلافا بينا عن حكم الحيازة بسوء نية.

2- تملك الثمار ، فيجب التمييز فيها بين ما اذا كان الحائز حسن النية أو سيء النية.

3- عند استرداد الحائز من المالك المصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على العين ، حيث يختلف الحكم فيما اذا كان الحائز حسن النية عما اذا كان سيء النية .

4- في مسؤولية الحائز عن هلاك العين التي كانت في حيازته ، فإن حكم الحيازة بسوء النية تختلف عن حكم الحيازة بحسن النية ، لذا يجب التمييز بينهما.

ونحن بدورنا سنقوم تباعا بتوضيح كل هذه الحالات والتطرق لها بشيء من التفصيل ، حيث سنصل من خلالها الى أحكام الحيازة بسوء نية أو بالاحرى الآثار التي تترتب على القصد المدني السيء نظرا لأن الحائز سيء نية ، والحيازة بسوء النية احدى التطبيقات القائمة على قصد مدني سيء .

ولكن من قبلولوج في تلك المسائل يجب أن نسال متى يعتبر الحائز سيء النية؟

في سبيل الجواب على هذا السؤال نقول أن المشرع العراقي قد اعتمد على (عنصر العلم والارادة) كعنصرين مهمين في القصد المدني الواجب توافره في بعض الاثظمة القانونية ، شأنه شأن القصد الجنائي والذي يقوم بدوره على (العلم

(1) لاحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، سبيل كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 863.

والارادة) ، فقد قام المشرع المدني العراقي بالتمييز بين حسن النية وسوءها واعتمد في ذلك التمييز على العلم ، ثم يعتمد على الارادة ، وذلك حسب المادة (1148) من القانون المدني العراقي ⁽¹⁾ لاذ عرف الحائز حسن النية بأنه من يحوز الشيء وهو يجهل (لا يعلم) أنه يعتدي على حق الغير ، ولا تزول صفة حسن النية من الحائز الا من الوقت الذي يصح فيه (عالما) أن حيازته تشكل اعتداء على حق الغير ، فإذا كان يعلم أنه يعتدي على حق الغير يعد سيء النية ، فلا يستفيد بالتالي من الحماية القانونية المقررة لمصلحة حسن النية ، لكن العلم وحده غير كاف لكي يصبح الحائز سيء النية ، بل لابد أن يكون قد أراد الاعتداء على حق الغير ، حتى ولو اعتقد أن له حقا في الحيازة ، وهذا ما دفع بالمشرع الى اضافة عبارة (ويعد كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكراه ، ولو اعتقد أن له حقا في الحيازة) ⁽²⁾.

وهناك حالة أخرى يعد بموجبها الحائز سيء النية وهي حالة ما اذا ثبت أن الحائز ، وان كان لا يعلم بأن حيازته اعتداء على حق الغير ، نتيجة خطأ جسيم ، كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك ، حيث الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به ، اذا كان سببه الخطأ الجسيم ⁽³⁾، ونظرا لعسر اثبات سوء النية ولتعلقها بالنوايا الخفية

(1) المادة (965) من القانون المدني المصري.

(2) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، مرجع سابق ، ص 57-58 علما ان هذا البحث هو أول بحث استخدم فيه مصطلح القصد المدني. والفترة لثانية من المادة (966) من القانون المدني المصري ، وأضاف المشرع المصري في هذه المادة (اعلان الحائز بيوب حيازته في صحيفة الدعوى).

(3) وهذه الحالة خاصة بالقانون المدني المصري ولا يوجد في القانون المدني العراقي ، وذلك في المادة (965) منه ، للتفصيل أكثر لاحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، ج 9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق، ص 864-866 . و د. محمد سمود المعيني ، مرجع سابق ، ص 38.

فيؤخذ الخطأ الجسيم قرينة عليه ، كمن يعلم بالنزاع المتعلق بالعين أو عدم ذكر مصدر الملكية في العقد ، وهذه القرينة غير قابلة لاثبات العكس⁽¹⁾.

وحسن النية يفترض دائما ، ما لم يقدّم الدليل على العكس⁽²⁾ ويتخلص بذلك الحائز من عبء الإثبات ، ويقع على خصمه عبء إقامة الدليل ونقض تلك القرينة بجميع طرق الإثبات⁽³⁾.

ونستنتج من ذلك أن المشرع المدني العراقي والمصري قد عرف حسن النية على أساس اعتقاد الحائز نفسه وهو معيار شخصي ويجب أن يكون هذا الاعتقاد تاما لا يشوبه الشك ، إلا أن المشرع المصري قد أكمل هذا المعيار الشخصي بمعيار موضوعي مفاده ألا يكون جهل الحائز ناشئا عن خطأ جسيم⁽⁴⁾.

وإذا انتقلنا إلى آثار الحيازة ، نتعرف على أحكام الحيازة بسوء نية من خلال النقاط التالية :

أولاً: في عد الحيازة سبباً للملك:

يترتب على الحيازة بوصفها سبباً من أسباب التملك ، كسب الحائز ملكية ما حازه من حقوق عينية عن طريق التقادم المكسب الذي تقرن به الحيازة المستوفية لعناصرها القانونية ، بعد أن تستمر حيازته لها مدة معينة من الزمن⁽⁵⁾.

(1) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص 459 .

(2) لاحظ : الفقرة الأولى من المادة (1148) من القانون المدني العراقي ، تقابلها الفقرة الثالث من المادة (965) من القانون المدني المصري .

(3) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص 460 .

(4) لاحظ : د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 430 ومحمد طه البشير وغني حصون طه ، مرجع سابق ، ص 237 و د. عبد الحميد الثورابي و المستشار المساعد لسماعة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء القضاء و الفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1984 ، ص 117-119 .

(5) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، ج 9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 984. علماً أن القانون المدني العراقي قد اعتبر التقادم (مرور الزمان) سبباً من أسباب كسب الملكية وإن لم ينص على ذلك صراحة وذلك تأثراً منه بالفقه الإسلامي ، وقد نظم أحكام الحيازة المقترنة بمرور الزمان ضمن النصوص التي خصصها لأسباب كسب الملكية ، وذلك بخلاف القانون -

والتقادم المكسب نوعان : التقادم طويل يؤدي الى كسب الحق العيني على العقار أو المنقول ، لذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس عشرة سنة⁽¹⁾ أو تقادم قصير يؤدي الى كسب الحق العيني على العقار فقط دون المنقول ، لذا استمرت حيازة هذا الحق مدة خمس سنوات وكانت مقترنة بحسن النية والسبب الصحيح⁽²⁾.

ويعتد بكل من حسن النية وسونها في التقادم المكسب ، فإذا كان الحائز سيء النية فإنه يكسب الملكية في العقار والمنقول بالتقادم المكسب الطويل ومدته خمس عشرة سنة ولايجوز الاتفاق على تعديل هذه المدة ويعتبر هو الاصل العام في التقادم أما التقادم للقصير فيؤدي الى كسب الحق على العقار فقط دون المنقول بشرط أن تقرن بحسن نية الحائز ومستندة الى سبب صحيح⁽³⁾ .

ونخلص بذلك الى القول أن انتفاء القصد للمدني السيء يؤثر على كسب الحائز ملكية المال بالتقادم الخمسي المقترن بالسبب الصحيح وحسن النية ، كما ويؤدي الى كسب ملكية المنقول في الحال ، دون ضرورة توافر فاصل زمني ، فقد اعطاهما القانون ميزة تقصير المدة ، أما للقصد للمدني السيء فيؤدي الى كسب ملكية العقار والمنقول بمرور خمس عشرة سنة ، فالقصد السيء قد أثر على تطويل المدة .

-المدني المصري الذي عد التقادم مكسبا لملكية الشيء أو الحق العيني المجاوز ، فالتقادم في هذا القانون ليس مجرد دفع يستفيد منه الحائز في دفع الدعوى المقامة عليه ، وإنما يعطيه حق للدعوى أيضا ، لاحظ المادة (968) من القانون المدني المصري ، و محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مرجع سابق ، ص 222-223.

(1) لاحظ : المادة (968) من القانون المدني المصري و الفقرة الاولى من المادة (1158) من القانون المدني العراقي . ولتفاصيلها لاحظ : د. عبد الحميد الشورابي و المستشار المساعد أسلمة عثمان ، مرجع سابق ، ص 81.

(2) لاحظ : المادة (969) من القانون المدني المصري.

(3) لاحظ : د. عبد الرزاق احمد المنهوري ، الوسيط ، أبواب كسب الملكية ، ج 9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 1012 وما بعدها ، د. نبيل إبراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 418.

وبذلك فإن حكم الحيابة بحسن نية يختلف عن حكم الحيابة بسوء النية اختلافاً
بيننا وذلك في النقاط الآتية (1) :-

- 1- اذا كان الحائز سيء النية ، فإنه لا يمتلك بالتقادم كل من العقار والمنقول
الا بعد مرور خمس عشرة سنة أي بالتقادم الطويل .
- 2- اذا كان الحائز حسن النية ، فإنه يمتلك العقار بالتقادم للقصير ، أي بعد مرور
خمس سنوات واقتران حيازته بالسبب الصحيح .
- 3- واذا كان حسن النية ، فإنه يمتلك المنقول في الحال بمجرد الحيابة وذلك حسب
قاعدة (الحيابة في المنقول سند الملكية أو دليل الملك) لكن الحكم في القانون
المدني العراقي لا يقضي بعد الحيابة سبباً للملك ، بل مانعاً من سماع الدعوى
بالملكية (2).

(1) لاحظ : بشأن هذه النتائج د. عبد الرزاق احمد المنهوري ، اسباب كسب الملكية ، ج 9 ، المجلد
الثاني، مرجع سابق ، ص 863.

(2) لاحظ : لاحظ : المادة (1163) من القانون المدني العراقي موافقة للمادة (1189) من القانون المدني
الأردني ، و المادة (976) من القانون المدني المصري ، وتجدر الإشارة هنا الى أن قاعدة (الحيابة في
المنقول سند الملكية) يمثل اتجاه القانون المدني المصري ، بينما يمثل (قاعدة الحيابة في المنقول دليل
الملك) مسلك القانون المدني العراقي ، ومضمون كل من الاتجاهين مختلف ، فالقاعدة التي أقرها المشرع
العراقي تمثل قرينة قانونية قاطعة على أن الحائز مالك للمنقول المحاز ، فاذا واجه الحائز المالك الحقيقي
للمنقول ، فإن حيازته تمد قرينة قانونية بسيطة على ملكيته ، وللمالك أن يحضنها ويثبت عكسها بطرق
أخرى تقرها المحكمة ، وبمستوى في ذلك أن تكون حيازة الحائز بحسن نية أو بسوءها ، اما اذا تنازع
الحائز مع من تلقى منه الحيابة و كان هذا الأخير ليس المالك الحقيقي للمنقول المحاز ، فيمد حيازة الحائز
وقتها قرينة قانونية قاطعة على انه مالك لذلك المنقول ، شريطة أن تكون الحيابة بحسن نية و سبب
صحيح ، و يختلف بذلك مسلك المشرع المدني العراقي عن المسلك الذي اتبعه المشرع المدني المصري
من حيث النتائج التي تترتب على كلتا الاتجاهين ، فدرجات الحماية القانونية تختلف فيما اذا كانت القرينة
القانونية التي أقرها المشرع قرينة قانونية بسيطة أم قرينة قانونية قاطعة لم كانت قاعدة موضوعية ،
والقانون المدني المصري قد حمى الحائز بقاعدة موضوعية مفادها ان الحائز وبمجرد توافر حسن النية
والمسبب الصحيح لأصفى مالكا للمنقول الذي في حوزته ، وبعد للقاعدة الموضوعية أفضل وسيلة للحماية
نظرا لأن ليس بإمكان من ينازع الحائز فيما يحوزه أن يطلب من المحكمة القيام باستجواب الحائز -

ثانياً : تملك الثمار:

لا تثار مسألة تملك الثمار بالحيازة فيما إذا نجح الحائز في كسب الملكية . عدم سماع دعوى الملكية على الحائز ، أو حقا عينيا آخر عليه ، لأنها تعد في هذه الحالة مسألة تبعية ، لأن الحائز إذا نجح في كسب ملكية الشيء محل الحيازة فإنه يملك ثماره بوصفه مالكا أو صاحب حق عيني آخر عليه ⁽¹⁾ بل تثار هذه المسألة في حالة عدم تمكن الحائز من كسب ملكية الشيء أو الحق الذي يحوزه ونجح المالك في استرداد العين من يده وتكون الثمار ⁽²⁾ التي ألتجها الشيء خلال حيازة

الحصول على قرار منه أو أن يحلفه (توجيه اليمين) كي ينكل فيكون النكول عن حلف اليمين بحكم الاقرار الضمني ، بل لا بد في مثل هذه الحالة أن يطمئن بصن لنية أو السبب الصحيح الذي في حوزة الحائز لكي يناع في ملكيته ، أما الحائز المحمي بقريئة قانونية قاطعة فإنه يتمتع بصاية قانونية آمل قوة وتأثيرا من الحماية التي توفرها له لقاعدة الموضوعية ، وذلك لأن هذه القريئة يمكن أن تحض بالأقرار أو النكول عن حلف اليمين وذلك حسب المادة (101) من قانون الاثبات العراقي التي تنص على أنه : ((يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القريئة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تنطبق بالنظام العام)) . وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن ترفض طلب مدعي للملكية توجيه الاستجواب الى الحائز (المدعى عليه) أو توجيه اليمين له ، فإذا أقر الحائز بالحق أو نكل عن حلف اليمين ، فهذا يعد حصا للقريئة القانونية القاطعة التي أقرها القانون لمصلحته ، هنا يكمن جوهر الاختلاف بين الاتجاهين ، للتفاصيل أكثر بشأن هذا الموضوع لاحظ : د. محمد سليمان الاحمد و د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص 62-64 و بشأن القرائن لاحظ : عماد زعل الجمالفة ، القرائن في القانون المدني ، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2003 ، ص 71.

(1) لاحظ : د. محمد احمد مصطفى الكزني ، أثر الحيازة في تملك الثمار في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الفرنسية و المصرية و العراقية ، بحث منشور في مجلة زككو ، تصدر عن جامعة صلاح الدين ، لربيل ، العدد الخاص بوقائع المؤتمر العلمي الثالث ، الدراسات الانسانية ، المنعقد بتاريخ 3-4 حزيران 1997 ، الجزء الأول ، ص 159.

(2) وتختلف الثمار عن الحاصلات أو المنتجات في أن الثمار عبارة عن ما ينتجه الشيء من غلة متجددة في أوقات دورية متعاقبة ، فقد تكون طبيعية كالزروع الذي تخرجه الأرض بدون تدخل من الانسان ، وقد يكون ثمار صناعية أو مستحدثة نتيجة تدخله كالمحصول و الفاكهة وقد تكون مدنية كالأجرة و الفوائد دون أن تؤثر أو تغيير أو تنقص من أصل ذلك الشيء ، أما المنتجات فهي التي تخرج من الشيء بتدخل من الانسان وهي غير دورية وغير متجددة وتنقص من أصل الشيء ، كالمعادن التي تخرج من المناجم

الحائز له من حق المالك⁽¹⁾ الا انه اذا كان الحائز حسن النية فيامكان أن يكتسب الثمار التي قبضها⁽²⁾ ويقصد بحسن النية بالنسبة لتمكن الثمار بالحيازة جهل الحائز بعيوب حيازته ، أيا كانت هذه العيوب⁽³⁾ ولا يشترط اقتران حيازته بالسبب الصحيح لكي يتمكن من كسب ملكية الثمار التي قبضها لا وقت تلقي الحق كما في التقادم القصير ولا وقت بدء كسب الحيازة ملكية المنقول⁽⁴⁾ ويجب توافر حسن النية وقت جني الثمار وقبضها⁽⁵⁾ الا ان الحائز لا يملك الثمار في الاحوال التالية⁽⁶⁾:

- 1- اذا كان الحائز سيء النية من البداية .
- 2- اذا كان حسن النية في أول الأمر ، ولكنه أصبح سيء النية بعد ذلك .
- 3- اذا رفع عليه المالك دعوى الاسترداد حتى لو ظل حسن النية بعد رفع الدعوى، أو لجأ الى استعمال القوة في استرداد الحيازة من المالك⁽⁷⁾.

الأحطاب التي تقطع من الغابة ، وأممية التمييز بينهما يكمن في أن الحائز يملك الثمار دون المنتجات اذا كان في قبضه له حسن النية ، أما المنتجات فلا يجوز اكتساب ملكيتها الا مع اكتساب ملكية العقار بأسباب كسب الملكية التفاصيل أكثر حول هذا الموضوع لاحظ : للمستشار فور طلبه ، مرجع سابق ، ص 662-663 ، المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص 300-303 ، د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص 167.

- (1) لاحظ : د. محمد طه البشير و د. غني حنون طه ، مرجع سابق ، ص 260.
- (2) لاحظ : المادة (1165) من القانون المدني العراقي ، التي تنص على انه ((يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته)) ، تولىها الفقرة الاولى من المادة (978) من القانون المدني المصري . والمادة (1191) من القانون المدني الأردني .
- (3) لاحظ : د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، ج9، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص 1177-1178.

- (4) لاحظ : المحامي ياسين غانم ، مرجع سابق ، ص 303-304.
- (5) لاحظ : د. نبيل ابراهيم سعد ، مرجع سابق ، ص 446 ، و المادة (1165) من القانون المدني العراقي والفقرة الاولى من المادة (978) من القانون المدني المصري
- (6) لاحظ : د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص 169-170.
- (7) وهذه الحالة ليست مصرحاً بها في المادة (1166) من القانون المدني العراقي ، لكي يمكن أن تستكمل بنسب آخرين وردت فيها هذه الحالة بالذات وما نص الفقرة الثانية من المادة (1148) والتي تنص-

وبناء على ما سبق قوله ، فإن الحائز سيء النية يلتزم برد الثمار التي قبضها والتي قصر في قبضها مدة حيازته ، غير أن القانون اعطاه الحق في استرداد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار وذلك منعا لاثراء المالك على حسابيه دون سبب⁽¹⁾ الا انه قد ينجح في عدم رد الثمار لمالكة وذلك في احدى الفروض الآتية⁽²⁾:

- 1- اذا نجح في تملك العين بالتقادم الطويل ، فإنه يكسب ملكية ثمارها تبعا لملكية العين ، وذلك بفضل الأثر الرجعي للتملك بالتقادم.
- 2- اذا تملك الحائز سيء النية الثمار مستقلا عن أصل العين .
- 3- اذا انقضى التزام الحائز سيء النية برد الثمرات بأنقضاء خمس عشرة سنة وسقوط دعوى استرداد الثمار بالتقادم الممقط⁽³⁾، فهو ليس من الحقوق الدورية

-على أنه ((لا تزول صفة حسن النية لدى الحائز الا من الوقت الذي يصبح فيه عالما ان حيازته اعتداء على حق الغير ، وبعد كذلك سيء النية من اغتصب الحيازة من غيره بالاكراه ، ولو اعتقد ان له حقا في الحيازة)) والفترة الثانية من المادة (233) ولتي جاءت فيها ((وفي كل الاحوال يلزم برد ما استفاده لو كان يستطيع أن يستقيده من يوم رفع الدعوى)) لاحظ بشأن التفصيل : د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص170. كما وان هذه الحالة غير مصرح بها في المادة (979) من القانون المدني المصري فيجب أن تستكمل بنصين آخرين وهما الفقرة الثانية من المادة (966) و المادة (185) بفقرتها الثلاث وذلك من القانون المدني المصري لاحظ بشأنها : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، ج 9 ، المجلد الثاني ، مرجع سابق ، ص1191.

(1) لاحظ : المادة (1166) من القانون المدني العراقي و المادة (1192) من القانون المدني الأردني و المادة (979) من القانون المدني المصري و د. محمد طه البشير و د. غني حصون طه ، مرجع سابق ، ص262، وتجدر الإشارة الى ان المشرع المدني العراقي قد استخدم عبارة (الزوائد و المنافع) في المادة (1165) منه ، بينما استخدم عبارة (الثمار) وذلك في المادتين (1166 او 1252) وترك للشراح تحديد معنى كل من الثمار و الزوائد و المنافع ، لاحظ : د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص168.

(2) لاحظ : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط ، أسباب كسب الملكية ، ج9، المجلد التاسع ، مرجع سابق ، ص1189 و د. محمد احمد مصطفى الكزني ، مرجع سابق ، ص169.

(3) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (430) من القانون المدني العراقي ولتي جاءت فيها رد لما الربيع المستحق في نمة الحائز سيء النية و الربيع الواجب على متولي الوقف اذ لو المستحقين فلا تسمع-

المتجددة التي تسقط بالتقادم الخمسي ، فهو دين يتقرر في ذمة الغاصب في جملته ، كتعويض عما فلت الدائن من الانتفاع⁽¹⁾.

ونخلص بذلك الى القول أن القانون قد أقام التفرقة بين القصد المدني الحسن والقصد المدني السيء عند بحثه مسألة تملك الثمار بالحيازة ووضع لكل منهما حكما يختلف عن الآخر نظرا لاختلاف النوايا والمقاصد .

وذلك بخلاف صاحب القصد المدني السيء الذي يلتزم برد الثمار التي قبضها والتي اهل وقصر في قبضها أيضا ، نظرا لتوجه لارائه نحو الاعتداء على حق الغير مع علمه بعائدية المال الى شخص آخر ، فصاحب القصد المدني الحسن يمتلك الثمار بالحيازة وحماه المشرع المدني العراقي من خلال المادة (1165) منه والتي تعد قاعدة موضوعية .

ثالثا : استرداد الحائز المصروفات:

عندما ينجح المالك في استرداد العين من الحائز سواء كان حسن النية لم يسه للنية فله ملترم لتجاه الحائز برد ما ألتقه من المصروفات في سبيل المحافظة عليه أو ترميمه أو تحسينه أو لزيادة فيه وذلك منعا لاثراء للمالك على حساب الحائز دون سبب⁽²⁾ الا أن هذا الرد يختلف بحسب ما اذا كانت هذه المصروفات مصروفات ضرورية ، أو مصروفات نافعة أو مصروفات كمالية⁽³⁾.

-الدعوى بهما على المبرك بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة و الفقرة الثانية من المادة (375) من القانون المدني المصري ، و الفقرة الثانية من المادة (450) من القانون المدني الأردني .

(1) لاحظ : د. محمد سعود المعيني ، مرجع سابق ، ص 91.

(2) لاحظ : محمد طه إتشير و د. غني حصون طه ، مرجع سابق ، ص 263.

(3) لاحظ : المادة (1167) من القانون المدني العراقي بنقلها الثلاث ، و المادة (1193) من القانون المدني الأردني و توافق المادة (980) من القانون المدني المصري.

والمقصود بالمصروفات الضرورية⁽¹⁾ هي المصروفات غير العادية التي يقوم الحائز بانفاقها في سبيل المحافظة على العين من الهلاك أو التلف أو ترميم السقف المهدد بالانهيار أو تقوية أساساته⁽²⁾ ويلتزم المالك بردها للحائز ولو كان سيء النية ، إذ يستوي في ردها أن يكون الحائز حسن النية أم سيء النية⁽³⁾ بخلاف الأمر في رد المصروفات النافعة التي تريد من قيمة العين وتكثر من أوجه الانتفاع به⁽⁴⁾ حيث يقتضي التمييز بين حسن نية الحائز أو سوء نيته وتسري في شأنها أحكام الاتصاق⁽⁵⁾ ، فإذا كان الحائز حسن النية وأنفق مصروفات نافعة فعلى المالك أن يرد له أقل القيمتين بين ما أنفقه الحائز فعلاً أو مبلغا يساوي الزيادة التي حصلت في قيمة العين بسبب هذه المصروفات ، أما إذا كان الحائز سيء النية أي صاحب قصد مدني سيء فالمالك الخيار بين طلب إزالة التحسينات التي أحدثها الحائز أو ، استبقائها كما هي ، أما المصروفات الكمالية⁽⁶⁾ وهي مصروفات غير ضرورية وغير نافعة ولا تزيد من منفعة الشيء أو قيمتها وكان يمكن الاستغناء عنها كالإطلاء وكسوة الجدران بالورق وعمل ديكورات فلا يلتزم المالك بردها شيء منها للحائز سواء كان حسن النية أم سيئها ولا يتمكن من استعادتها ويمكن للمالك طلب نزعها وإزالتها وإن يعيد العين إلى ما كانت عليها ، كما إن له أن يستبقئها

(1) لاحظ : الفقرة الأولى من المادة (1167) من القانون المدني العراقي و الفقرة الأولى من المادة

(1193) من القانون المدني الأردني و الفقرة الأولى من المادة (980) من القانون المدني المصري.

(2) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حنون طه ، مرجع سابق ، ص 264.

(3) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص 695.

(4) لاحظ : الفقرة الثانية من المادة (1167) من القانون المدني العراقي و الفقرة الثانية من المادة (980)

من القانون المدني المصري ، و الفقرة الثانية من المادة (1193) من القانون المدني الأردني.

(5) لاحظ : المولد (1119 ، 1120) من القانون المدني العراقي ، (924-925) من القانون المدني

المصري و المواد (1141 ، 1143) من القانون المدني الأردني .

(6) لاحظ : الفقرة الثالثة من المادة (1167) من القانون المدني العراقي ، و الفقرة الثالثة من المادة

(980) من القانون المدني المصري و الفقرة الثالثة من المادة (1193) من القانون المدني الأردني.

مقابل دفع قيمتها مستحقة القلع⁽¹⁾. وقد نصت المادة (1167) مدني عراقي على حكم هذه المصروفات الثلاثة ، حيث جاء فيها : ((1-على المالك الذي رد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الاضطرارية ، والمصروفات الاضطرارية هي المصروفات غير الاعتيادية التي يضطر الشخص إلى إنفاقها لحفظ العين من الهلاك 2- أما المصروفات النافعة فتسري في شأنها أحكام المواد 1119 و1120)).

رابعاً : مسؤولية الحائز عن الهلاك :

ينبغي التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الحائز حسن النية أم سيء النية ، فإذا كان الحائز حسن النية وتلف الشيء في يده ، فإنه لا يكون مسؤولاً عن هذا الهلاك ، مادام يستغله وفقاً لما يحسبه أن له فيه حق ، ولو كان ذلك بتقصير وتعد منه (2) .

الا أن القوانين قد بينت مسؤولية الحائز سيء النية ، فهو يلتزم بتعويض المالك عن الشيء الذي هلك تحت يده ، فقد نصت المادة (1168) من القانون المدني العراقي على انه ((إذا كان الحائز سيء النية ، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجيء ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه))(3).

(1) لاحظ : المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص 695.

(2) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حصون طه ، مرجع سابق ، ص 264-265 الهامش رقم (2) من ص 264. علماً إن القانون المدني العراقي لم يبين مسؤولية الحائز حسن النية عن الهلاك اكتفاءً بالقاعدة العامة المقررة في المادة (1165) ، و ذلك بخلاف القانون المدني المصري الذي بين حكم الهلاك في يد الحائز حسن نية وذلك في المادة (983) منه والأردني في المادة (1195) منه.

(3) لاحظ : المادة (984) من القانون المدني المصري و المادة (1196) من القانون المدني الأردني.

ونستنتج من هذا النص أن يد الحائز شيء النية على الشيء يد ضمان لأنه يحوز الشيء بقصد تملكه على حساب الغير⁽¹⁾ والشطر الأول من هذه المادة قد جاء مؤكدا لقاعدة ((يد الضمان ضامنة وإن لم تعد))⁽²⁾ ويؤخذ على الشطر الثاني من هذا النص أن المشرع قد اعطى فرصة للحائز شيء النية للتخلص من المسؤولية والافلات من الضمان في حالة ما اذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف حتى لو بقي في يد مستحقة ، في حين أنه كان يجب أن يكون ضامنا دوما لأن يده يد ضمان ، لذا فهو حكم مخالف لمبادئ العدالة⁽³⁾ .

ومن كل ما عرضناه في موضوع الحيازة بسوء نية نجد أن القانون المدني قد اعتد بالقصد المدني الحسن والسيء في نظام الحيازة على حد سواء وخص الحيازة بسوء نية بأحكام ، تختلف عن أحكام الحيازة بحسن نية ، فيعتمد نظام الحيازة أساسا في نشأته على القصد من خلال ضرورة توافر الركن المعنوي المتمثل في نية تملك العين المحازة ، أما الآثار التي تخلفها الحيازة من كسب الملكية وتملك الثمار واسترداد الحائز للمصروفات وتقرير مسؤوليته عن هلاك العين وتلفها هي التي تكفل تحديد إطار منطقة القصد المدني في الحيازة بشكل عام ، فدواعي استقرار المعاملات نفسه قد يكون سببا لتوسعة دور القصد المدني السيء والحسن على حد سواء ، كما في كسب الملكية بالتقادم المقترن بحسن النية والسبب الصحيح أم الطويل، فقد اعتد المشرع في التقادم الطويل بالنية السيئة واعترف بدورها لدواعي تتعلق باستقرار المعاملات .

(1) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة و الضمان في كسب الملكية ، مرجع سابق ، ص 92.

(2) لاحظ : أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص 84.

(3) لاحظ : في شأن هذا الانتقاد ، أستاذنا د. محمد سليمان الاحمد و أستاذنا د. نواف حازم خالد ، مرجع سابق ، ص 84. و د. ليلى عبدالله سعيد ، كتابها النظرية العامة لضمان اليد ، مرجع سابق ، ص 210.

الخاتمة

في خاتمة رسالتنا ، فاتنا سنيين أهم ما توصلنا اليه من استنتاجات وتوصيات
أولاً- الاستنتاجات :

1. ان بناء نظرية القصد المدني السيء يعتمد بشكل لاغنى عنه على نظرية تدرج الأخطاء ، أو بعبارة أدق على درجات معينة من الأخطاء وهي الأخطاء التي تتصف بالصفة العمدية ، كالخطأ العمد والغش و(الخطأ غير المغتفر) ، أما درجات الأخطاء الأخرى فلا يمكن التعميل عليها في تكوين هذا القصد كالخطأ الجسيم والخطأ الارادي وما دونها من درجات الأخطاء الأخرى ، نظرا لعدم وجود القصد فيها ، وان أي اهمال لدرجات الأخطاء العمدية هو الغاء لدور القصد المدني السيء ومن هذا المنطلق كانت العلاقة بينهما متينة.
2. ان اعتماد معيار الشخص المعتاد كمقياس موضوعي يلغي تماما دور نظرية تدرج الأخطاء ، الا اننا لا يمكن أن نقول ان هذه النظرية أصبحت غير ذي جدوى ، نظرا لارتباط القانون بالجانب الاخلاقي ومازال لها من مظاهر في القانون ما يكفل بقاءها كنظرية معمول بها وبناء القصد المدني السيء عليها هو تنشيط لدورها وترسيخ لبقائها .
3. استخدم المشرع تارة مصطلح القصد وتارة النية الا انه توصل الى ان المصطلحين مترادفان ، فقد جاءا بمعنى واحد.
4. ان أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني العراقي هو الخطأ كقاعدة عامة ، وذلك بدلالة المادتين (186-204) من القانون المدني العراقي حيث استخدم المشرع لفظ (كل تعد) وقصد به كل خطأ وان لم يذكر عبارة الخطأ صراحة ، وقد توصلنا الى هذه النتيجة على الرغم من الجدل الفقهي الحاد بين رجال القانون ، والذي ذهب الاتجاه الغالب منهم الى أن أساس المسؤولية يكمن في الضرر، محتجين في ذلك بنص المادة (191) من القانون المدني

- العراقي والتي جاءت لمعالجة تضمين الصغير غير المميز وذلك من خلال محاولتهم اثبات تأثير المشرع المدني العراقي بلقائه الاسلامي في هذا المجال.
5. أما بخصوص الفقه الاسلامي فقد استبعد هذا الفقه كقاعدة عامة فكرة العمد أو القصد في الجرائم التي تطل الاموال ، اذ ان القصد أو نية الأضرار ليس بشرط لتحقيق الضمان فيها ، لـذا المسؤولية تتحقق بمجرد حصول التعدي ، الا ان ذلك يختص بمسؤولية المباشر وحده دون المتسبب فالأخير اختلف الفقه بشأنه ، منهم من قال بضرورة وجود تعمد أو قصد صادر منه لكي يستقر الضمان عليه ومنهم من ساوى بينه وبين المباشر ، الا أن الأرجح أن يشترط فيه القصد ، أما القانون المدني العراقي فقد اتخذ موقفا مغايرا لموقف الفقه الاسلامي فيما يخص مسألة المباشر والمتسبب وذلك في المادة (186) منه حيث اشترط لضمان الفعل الضار الصادر منهما أن يكون ناتجا عن عمد أو تعد .
6. من خلال استعراضنا لموقف المشرع المدني العراقي وجدنا أنه اخذ بتقسيمات اليد من الفقه الاسلامي ، فاليد على الشيء يد ملك والا فهي يد أمانة أو يد ضمان .
7. قام المشرع بتعريف يد الضمان في المادة (427) من القانون المدني معتمدا في ذلك على عنصر النية المتمثل في قصد تملك مال الغير ، كما وان هنالك حالات لا يؤدي فيها القصد دورا الا أنها وعلى الرغم من ذلك تعد اليد يد ضمان منها يد البائع قبل التسليم والتي تعد احدى حالات تحول يد الملك الى يد الضمان وهو تحول بنص القانون نظرا لحسن نية البائع ، كما وان نص القانون هو السبب في انتقال الحيازة للخلف العام بنفس صفاتها .
8. لم يعتد المشرع العراقي بقصد التملك في تحول يد الامانة الى يد الضمان فتتقلب يد الامانة الى يد الضمان اذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه أو اخذه بغير اننه .

9. لا يكون الأمين مسؤولاً عن هلاك المال الموجود تحت يده إلا إذا تعدى أو تعد ، في حين يكون صاحب يد الضمان مسؤولاً عن هذا الهلاك حتى لو كان حاصلاً بسبب أجنبي ، فالأخير لا يقطع الرابطة السببية بين الخطأ والضرر ، ويكون ضامناً للمال وإن لم يتعد أو يتعدى في هلاكه.
10. اغفل المشرع إبراز دور العنصر المعنوي في تعريفه للحيازة في المادة (1145) من القانون المدني العراقي ، في حين كان يجب عليه إبراز هذا الركن في التعريف ، إن كان لوجود التعريف مقتضى في القانون.

ب- التوصيات:

ويمكن اجمالها في الآتي:

1. نوصي المشرع بأن يجعل تنظيم أحكام اليد في الباب المخصص للحيازة ، وإن يجمع بين الموضوعين قدر الامكان ، إذ أن وجود أحكام اليد في باب انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ ، ووجود الحيازة ضمن أسباب كسب الملكية ، أمر يثير الاستغراب ، فيجب الجمع بين الموضوعين في باب الحيازة.
2. نوصي المشرع بأن يقدم نص المادة (427) على نص المادة (426) ، إذ أن المادة (427) وضحت مفهوم كل من يد الأمانة ويد الضمان ، أما المادة (426) فقد أوضحت حكمهما ، ومن المنطقي أن يبدأ المشرع بتحديد المفهوم قبل بيان الحكم .
3. نوصي المشرع بأن يجعل من قصد التملك ، وهو قصد مدني المعيار ، ليس فقط ، في تحديده لمفهوم يد الضمان ، بل المعيار في تحديد وقت تحول اليد .
4. نوصي المشرع بأن يبرز دور قصد استعمال المال المحاز لكسب الحق عليه ، بوصفه ركناً معنوياً في الحيازة في المادة (1145) مدني ، بالإضافة عبارة (يقصد كسب الحق على الشيء) الى نهاية الفقرة الاولى من هذه المادة .

5. نوصي المشرع بإلغاء هذه العبارة من نص المادة (1168) مدني : ((إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقيا في يد من يستحقه)). لأن يد الحائز شيء لنية يد ضمان ، فهي تضمن في جميع الاحوال لأنها قائمة على قصد مدني شيء .

هذا ونسأل الله العلي القدير أن نكون قد وفقنا في أداء رسالتنا في هذا البحث ،
أنه ولي التوفيق .

قائمة المراجع

بعد القرآن الكريم....

أ- الكتب

1. د. ابراهيم للمسوقي أبو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقيد والاطلاق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة طبع.
2. د. ابراهيم سيد احمد ، الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية ، ط1 ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2007.
3. ابن منظور الاقريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد الخامس عشر ، نشر أدب الحوزة ، ايران ، 1405هـ.
4. أبو محمد الشوكاني ، نيل الاوطار شرح منقى الأخبار ، ج7 ، دار الجيل بيروت ، لبنان ، 1973.
5. أبي بكر محمد بن احمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي ، المبسوط ، تحقيق أبي عبدالله محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، قدم له د. كمال عبد العظيم المناني ، المجلد الثامن ، الاجزاء (15-16) ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2001.
6. حجة الاسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه مذهب الامام الشافعي ، قدم له وضبطه طارق فتحي السيد ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425هـ ، 2004م.
7. الامام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي النمشقي ، شرح صحيح مسلم ، طبعة جديدة ، محققة ومفهرسة ، ومرقمة الأحاديث والأبواب طبقا للمعجم المفهرس لالفاظ الحديث ، مصدرا ب (المنهج للموي في ترجمة امام النووي) للامام جلال الدين السيوطي ، تحقيق طه عبد الرؤوف ، الجزء الثاني ، بدون سنة طبع ، المكتبة التوفيقية .

8. أبي عبد الرحمن احمد بن شعيب بن على الشهير بالنسائي ، سنن النسائي ، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الالباني ، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، الطبعة الأولى ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، بدون سنة طبع.
9. أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، حكم على أحاديثه وآثاره وعلق عليه العلامة المحدث محمد ناصر الدين الالباني ، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، ط1 ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، بدون سنة نشر .
10. أبي محمد عز الدين بن عبد السلام السلمي ، قواعد الاحكام في مصالح الانام ، اعتنى به المكتب العلمي للتراث ، ج1 ، ط1 ، دار البيان العربي ، الأزهر ، 2002.
11. أحمد على الخطيب ، أحكام للميراث ، جامعة الموصل ، 1982م .
12. د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006.
13. د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، قاعدة لاضرر ولاضرار في نطاق المعاملات المالية والاعمال الطبية المعاصرة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007.
14. د. أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام ، احكام الالتزام ، ج2 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، اسكندرية ، 2005.
15. المستشار أنور طلبة ، للتقلم ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، بدون سنة طبع.
16. برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدى ، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه على مخطوطتين كاملتين محمد محمد تامر

وحافظ عاشور حافظ ، المجلد الرابع ، ط2 ، دار السلام ، اسكندرية ، 2006.

17. تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي المبكي ، الاشباه والنظائر ، تحقيق الشيخ عادل احمد عبد الموجود والشيخ علي محمد عوض ، المجلد الأول ، الجزء الأول ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1422هـ ، 2001م.

18. جبار صابرطه ، اقامة مسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع ، على عنصر الضرر ، منشورات جامعة صلاح الدين ، مطبعة جامعة الموصل ، 1984.

19. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، ط2 ، بدون سنة طبع .
20. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، المجلد الأول ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، ج1 ، ط3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1427هـ ، 2007م.

21. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، المجلد الأول ، تحقيق محمد حسن محمد حسن اسماعيل الشافعي ، ج2 ، ط3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1427هـ ، 2007م.

22. د. جمال مهدي محمود الاكثي ، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء للقصر ، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية ، 2006.

23. احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، بلوغ المرام من أدلة الاحكام ، شرح ومراجعة مكتب الدراسات والبحوث الاسلامية ، باشراف الشيخ ابراهيم محمد رمضان ، دار لقلم ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة طبع .

24. د. حامد عبده سعيد الفقي ، أحكام الغصب في الفقه الاسلامي ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005.
25. د. حامد مصطفى ، الالتزامات والعقود في الشريعة الاسلامية ، مطبعة الأهالي ، بغداد ، 1943.
26. د. حسام الدين كامل الاهواني ، الحقوق العينية الأصلية ، أسباب كسب الملكية ، دار ابو المجد ، 1993.
27. د. حسام الدين كامل الاهواني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام (المصادر غير الارادية) ، ج1 ، المجلد الثاني ، 1997-1998.
28. د. حسن على الننون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، خطأ ، ج2 ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2006 .
29. د. حسن على الننون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الضرر ، ج1 ، دار وائل للنشر ، عمان 2006.
30. د. حسن على الننون ، د. محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، ج1، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، 2002م.
31. المستشار حسين عامر ، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، ط2 ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1998.
32. د. حسين عامر وعبدالرحيم عامر ، المسؤولية المدنية للتقصيرية والعقدية ، الطبعة الثانية ، دار المعارف ، 1979.
33. حمدي اسماعيل سلطع ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2006. 4.
34. د. حمدي رجب عبد الغني حسن ، اللقطة ومدى مسؤولية الملقط عنها وحكم تملكها أو المكافأة عليها في الفقه الاسلامي دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992.

35. المحامي خليل احمد الاريح ، المسؤولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية بين الشريعة الاسلامية والقانون ، ط1 ، دار رباح للنشر والتوزيع ، مصراته ، ليبيا ، 1995.
36. د. رضا محمد ابراهيم الشاذلي ، مدى تأثير قواعد القانون المدني في تفسير النصوص الخاصة بجرائم الاموال ، الطبعة الاولى ، 2005.
37. د. رمضان محمد أبو السعود ود. همام محمد محمود زهران ، مبادئ القانون ، المدخل للقانون والالتزامات ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 1998.
38. د.سعد خليفة العبار، ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة ، دراسة فقهية مقارنة ، الطبعة الأولى ، جامعة قاريونس ، بنغازي ، 1999.
39. د. سعدون العامري ، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية ، مركز البحوث القانونية ، وزارة العدل ، بغداد ، 1981.
40. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي (الحقوق العينية الأصلية) ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1973 ، ط1.
41. د. سلمان بو ذياب ، المبادئ القانونية العامة ، ط1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1415هـ ، 1995م.
42. سليم رستم الباز ، شرح المجلة ، دار احياء التراث العربي ، بدون سنة طبع.
43. د. سليمان محمد أحمد ، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي ، ط1 ، مطبعة السعادة ، 1985.
44. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات ، الجزء الثاني ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، ط5 ، بدون مكان طبع ، 1988.
45. د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ص2005.

46. السيد الشريف علي بن محمد الجرجاني ، كتاب التعريفات ، ط 1 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 2003.
47. شرف الدين أبي النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم اللجلاوي المقدسي الصالح ، الاقناع لطالب الانتفاع ، تعليق احمد فتحي عبدالرحمن ، المجلد الثاني ، ج 2 ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2004.
48. شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، رتبته وضبطه وخرج آياته محمد عبدالسلام ابراهيم ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1425هـ ، 2004م.
49. شمس الدين احمد بن قoder المعروف بقاضي زادة أفندي قاضي عسكر روملي ، نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ، وهي تكملة شرح الفتح التقدير للامام كمال الدين السيولسي المعروف بابن الهمام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي ، علق عليه وخرج آياته ولحاديته الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي ، ج 8 ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م.
50. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقراقي ، الذخيرة في فروع المالكية ، تحقيق وتعليق أبي اسحاق احمد عبدالرحمن ، الجزء السابع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1422هـ ، 2001م.
51. شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن للصنهاجي المصري المشهور بالقراقي ، الفروق ، وبهامش الكتابين ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية ، الجزء الثاني ، عالم للكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع .

52. ا شهاب الدين أبي العباس أحمد بن لريمس بن عبدالرحمن الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي ، للفروق ، وبهامش الكتابين ، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية ، الجزء الرابع ، عالم للكتب ، بيروت ، بدون سنة طبع .
53. صالح احمد محمد اللهبي ، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2004.
54. المحامي صبحي محمصاني ، فلسفة التشريع في الاسلام ، الطبعة الثالثة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، 1380هـ ، 1961م.
55. د. عادل جبيري محمد حبيب ، المفهوم للقانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية ، ط1 ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2005.
56. د. عبد الحميد الشولربي والمستشار المساعد أسامة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء القضاء والفقه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1984.
57. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، وفقا للقانون الكويتي ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، مطبوعات ، جامعة الكويت 1982.
58. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، ج3 ، مطبعة الفجالة ، 1954.
59. د. عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، الجزء الثاني ، مطبعة النهضة ، القاهرة ، 1954.
60. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، ج9 ، المجلد الأول ، ط3 ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000.

61. د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، المجلد الثاني ، ج 9 ، ط3، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000.
62. د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج3 ، مكتبة النهضة العربية ، القاهرة ، 1958.
63. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج6 ، ط2 ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998.
64. د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه علم ، ج1 ، القاهرة ، 1952.
65. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشأة المعارف ، اسكندرية ، 2004.
66. د. عبد الفتاح مراد ، الغصب في القوانين العربية والشرعية الاسلامية ، بدون سنة طبع ولا مكان نشر .
67. د. عبدالقادر الفار ، مصادر الالتزام ، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2004م.
68. د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1، الطبعة الخامسة ، مطبعة نديم ، بغداد.
69. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، ج1 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1980.
70. د. عبد المطلب رزاق حمدان ، المال الضائع ، حقيقته وحكمه وطرق النقاطه في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، اسكندرية ، 2007.

71. د. عبدالوهاب علي بن سعد الرومي ، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، ط1 ، 1994 ، بدون مكان نشر .
72. د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 1429هـ ، 2008م .
73. علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ، القسم الأول ، معهد البحوث والدراسات القانون ، بدون سنة طبع .
74. الشيخ علي الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ، ط1 ، دار الفكر العربي ، 1417هـ ، 1996م .
75. د. علي محي الدين علي القرطبي ، مبدأ الرضا في العقود ، الجزء الأول ، ط2 ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، لبنان ، 1423هـ ، 2002.
76. عماد زعل الجعافرة ، القرائن في للقانون المدني ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2003.
77. د. فايز محمد حسين محمد ، الوديعة في القانون الروماني والشرعية الاسمية ، كلية الحقوق ، جامعة منوفية ، 2002.
78. د. فتحي عبدالرحيم عبدالله ، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية) ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2005.
79. الامام كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي ، شرح الفتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، لشيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني ، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ عبدالرزاق غالب المهدي ، المجلد السابع ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م .

80. د. ليلى عبدالله الحاج سعيد ، النظرية العامة لضمان اليد (وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للكتّرم ، ط1 ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، 2001.
81. الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1427هـ ، 2006م.
82. الامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تحقيق الشيخ خليل مأمون شيخا ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 1427هـ ، 2006م.
83. العلامة اللغوي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة ، بإشراف محمد نعيم العرقسوسي ، طبعة منقحة مفهرسة ، ط7 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م.
84. للشيخ محمد أمين الشهير بابن عابدين ، رد المختار على در المختار شرح تنوير الابصار ، ج5، ط3، للطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق ، مصر ، 1326.
85. العالم العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عرفة النموقي المالكي ، حاشية النموقي على الشرح الكبير ، لشيخ أبي البركات سيد احمد بن محمد العدوي، الشهير بالدردير ، وبالهامش تقارير العلامة المحقق محمد بن احمد بن محمد الملقب بعليش ، خرج آياته وأحاديثه ، محمد عبدالله شاهين ، المجلد الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 1424هـ ، 2003م .

86. الشيخ الامام محمد بن اسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، طبعة جديدة ومنقحة ومصححة قدم لها محمد عبدالرحمن المرعشلي ، اعدھا مكتب التحقيق بدار احیاء التراث العربي ، قام بفهرستها رياض عبدالله عبدالهادي ، الطبعة الثانية ، ج3، بنون سنة طبع.
87. د. محمد ابراهيم نسوقي ، تعويض الوفاة والاصابة للناجمة عن حوادث السيارات ، 2006.
88. د. محمد ابراهيم نسوقي ، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ، بنون سنة طبع ، ولا مكان نشر.
89. د. محمد احمد سراج ، ضمان العولان في الفقه الاسلامي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1410هـ ، 1990م.
90. د. محمد احمد سراج ، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الاسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، اسكندرية ، 1998.
91. د. محمد السعيد رشدي ، الخطأ غير المغتفر (سوء سلوك الفاضح والمقصود) ط1 ، مطبوعات جمعة الكويت ، الكويت ، 1416هـ ، 1995م..
92. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح ، ط1 ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، 2005.
93. د. محمد سعود المعيني ، النظرية العامة للتقادم ، في الفقه الاسلامي ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1989.
94. د. محمد سليمان الاحمد ، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، مكتب التفسير ، أربيل ، 2008.
95. د. محمد سليمان الاحمد ، المنخل لدراسة الضمان ، ط1 ، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2002.

96. د. محمد سليمان الاحمد ، الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001.
97. د. محمد سليمان الاحمد ، النظرية العامة للقصد المدني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009.
98. محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية الأصلية ، ج 1 ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، 1982.
99. محمد طه البشير ود. هاشم الحافظ ، القانون الروماني ، الاموال والالتزام ، وزارة للتعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، بدون سنة طبع.
100. القاضي محمد عبد اللطيف ، الحيازة وآثارها في التقنين المدني المصري ، بدون مكان نشر ، 1951.
101. د. محمد عبد سليمان الحراحشة ، فكرة عدم سريان التصرف القانوني دراسة مقارنة في الفقهاء الاسلامي والغربي والقوانين المدنية العربية ، مطبعة لجيل ، عمان ، 2002.
102. د. محمد عليوي ناصر ، خيانة الأمانة وأثرها في العقود المالية في الشريعة الاسلامية ، ط1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001.
103. د. محمد كامل مرسي باشا ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية تنقيح ، المستشار محمد علي سكيكر والمستشار معتز كامل مرسي ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004.
104. د. محمد محمد مصباح القاضي ، حسن النية في قانون العقوبات ، دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر.
105. القاضي محمد نصر الدين زغلول ، الارادة في العمل القانوني وعيوبها ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

106. د. محمد وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي ، ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.
107. د. محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، مدخل لدراسة الفقه وفلسفته ، دار الفكر العربي ، 1417هـ ، 1996م.
108. د. محمود نجيب حسني ، النظرية العامة للقصد الجنائي ، دراسة تأصيلية للركن المعنوي في الجرائم العمدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1978.
109. الشيخ الاكبر محيي الدين بن عربي الطائي الاندلسي ، تنزل الملاك من عالم الارواح الى عالم الافلاك أو لطائف الاسرار ، حققه وقدم له احمد زكي عطية وطه عبد الباقي سرور ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، 1380هـ ، 1961م .
110. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، اصول الفقه في نسجه الجديد ، ج1 ، ط9 ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، 2002.
111. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الالتزام برد غير المستحق ، ط1 ، شركة الخنساء للطباعة المحدودة ، بغداد ، بدون سنة طبع.
112. د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مجموعة الابحاث العلمية ، بدون سنة طبع ولامكان نشر.
113. د. مصطفى احمد الزرقاء المدخل الفقهي العام ، نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ، ج3 ، ط6 ، 1946م.
114. د. مصطفى الزرقا ، الفعل الضار والضمان فيه ، دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الاسلامية وفقها انطلاقا من القانون المدني الأردني ، ط1 ، دار القلم (دمشق) ، بدون سنة طبع.
115. د. مصطفى احمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، ج2 ، ط10 ، مطبعة طربين ، دمشق ، 1968.

116. د. مصطفى أحمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل
الفقهي العام ، ج1 ، ط9 ، مطابع الف باء الاديب ، دمشق ، بدون سنة
طبع.
117. د. مصطفى العوجي ، لقاعدة القانونية في القانون المدني ، مؤسسة بحسون
للنشر والتوزيع ، ط1 ، بيروت ، لبنان ، 1992.
118. د. مدوح عبدالكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي
والمقارن ، ط2 ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1977.
119. منير القاضي ، شرح المجلة ، ج1 ، مطبعتا النسران والعاني ، بغداد ،
1947.
120. د. منذر الفضل ، اصول القانون الفرنسي والبريطاني ، دراسة مقارنة مع
القانون الاسلامي ، ط2 ، دار نارس للطباعة والنشر ، أربيل ، 2004.
121. منصور بن يوسف بن ادريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الاقناع ،
حقه على نسخة خطية وخرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ محمد عدنان
ياسين درويش ، ج4 ، ط1 ، دار احياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ
العربي ، بيروت ، لبنان ، 1999.
122. معجم القانون الصادر من مجمع اللغة العربية ، الهيئة العامة لشؤون
المطابع الاميرية ، القاهرة ، 1420هـ ، 1999م.
123. ناصر جميل محمد الشمايلة ، كسب ملكية المضمونات بالضمان ، ط1 ،
دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1998.
124. د. نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ، مصادرها) ، دار
الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006.
125. د. نبيل ابراهيم سعد ود. همام محمد محمود زهران ، مبادئ القانون ،
المدخل للقانون - نظرية الحق - منشأة المعارف ، اسكندرية ، 2002.

126. د. نشأت ابراهيم الدريني ، التراضي في عقود المبادلات المالية ، الطبعة الاولى ، دار الشروق ، جدة ، المملكة العربية السعودية ، 1402هـ ، 1982م.
127. د. وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، 2003.
128. المحامي ياسين غانم ، الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية ، ط2 مزيدة منقحة ، تنوير للتتصيد والطباعة ، 1995.

بـ البحوث والدراسات

129. د. ليلى عبدالله سعيد ود. أكرم محمود حسين ، تحول صفة اليد على الشيء المملوك في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، العدد (9) ، 2000.
130. د. ليلى عبدالله سعيد ، ضمان اليد والمسؤولية التقصيرية دراسة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، العدد (9) ، ايلول - 2001.
131. د. ليلى عبدالله سعيد ، يد الامانة ويد الضمان في الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الدراسات ، تصدر عن عمادة البحث العلمي ، الجامعة الاردنية ، المجلد (23) ، العدد (1) ، 1996.
132. د. محمد احمد مصطفى الكزني ، أثر الحيازة في تملك الثمار في الفقه الاسلامي والقوانين المدنية الفرنسية والمصرية والعراقية ، بحث منشور في مجلة زانكو ، تصدر عن جامعة صلاح الدين ، أربيل ، العدد الخاص بوقائع المؤتمر العلمي الثالث ، الدراسات الانسانية ، المنعقد بتاريخ 3,4 حوزيران 1997، ج1.

13. د. محمد سليمان الاحمد ، تحول اليد في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة القانون والسياسة تصدرها جامعة صلاح الدين ، العدد (3) ، السنة (3) 2005 ،
13٤. د. محمد سليمان الاحمد ، تعدد الاسباب في المسؤولية المدنية ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (24) ، السنة العاشرة 2005.
135. د. محمد سليمان الاحمد ، دور الضمان في كسب الملكية تبعاً ، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، تصدر عن جامعة الامارات العربية المتحدة ، العدد (13) ، 1420هـ ، 2000.
136. د. محمد سليمان الاحمد ود. نواف حازم خالد ، تملك المنقول بالحيازة في القانون المدني العراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (17) ، السنة الثامنة 2003.
137. د. محمد يوسف الزغبى ، مسؤولية المباشر والمتسبب في القانون المدني الاردني ، مجلة مؤتة ، للبحوث والدراسات ، المجلد الثاني ، العدد الأول ، 1987.
138. د. نواف حازم خالد ، انقضاء الحق في حبس للضمان بطريق أصلي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون / جامعة الموصل ، المجلد الأول ، العدد (24) ، السنة العاشرة 2005.

ج- الرسائل غير المنشورة

139. د. شيرزاد عزيز سليمان ، حسن النية في إبرام العقود ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة صلاح الدين ، (غير منشورة) ، 1427هـ ، ايلول 2006م.
140. د. على عبيد الجبلاوي ، رضا المتضرر وأثره في المسؤولية المدنية اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بغداد ، (غير منشورة) ، 1988.

د- متون القوانين

141. قانون الاتبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) المعدل .
142. القانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 المعدل .
143. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.
144. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
145. قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم (16) لسنة 1971 المعدل.
146. قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
147. قانون العقوبات رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

هـ- المواقع الالكترونية

148. الامام العلامة شهاب الدين احمد القرافي المالكي ، الامنية في ادراك النية ، مخطوطة أصلية ، متاح على الموقع الالكتروني التالي :

[http:// www. Al-mustafa . com](http://www.Al-mustafa.com)

149. على العبيدي تملك المضمونات بالضمان في القانونين الأردني والاماراتي متاح على الموقع الالكتروني التالي :

[http://www.arablawninfo.com/Research_search.asp? validate=Articles &Article ID=235](http://www.arablawninfo.com/Research_search.asp?validate=Articles&ArticleID=235) last visit ed (4/8/2007)

150. الدكتور مزهر بن محمد بن ظافر القرني ، الفرق بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، منشور في مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية ، العدد الثالث ، رجب ، 1420هـ ، متاح على الموقع الإلكتروني التالي :

[http:// www.moj.gov.saladvcat.aspx?val=1](http://www.moj.gov.saladvcat.aspx?val=1).

last visited (3/11/2007)

151. د. نزيه حماد ، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي متاح على الموقع الإلكتروني التالي :

<http://www.trtipms.org/pubDetA.asp?pub=163> last visit ed (12/1/2008).

152. د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية متاح على الموقع الإلكتروني التالي :

http://www.arablawinfo.com/Research_search.asp?validate=Articles&ArticleID=234 last visit ed (7/12/2007).

153. د. نوري حمد خاطر ، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية متاح على الموقع الإلكتروني التالي :

http://www.arablawinfo.com/Research_search.asp?validate=Articles&ArticleID=286 last visit ed (7/12/2007)

ملخص

هدفت هذه الدراسة بشكل أساسي الى إبراز أثر القصد المدني في تضمين اليد الحائز لمال الغير ، فقد طرحت هذه الدراسة مجموعة من الأسئلة التي تقبل النقاش منها : ما هو القصد المدني؟ وما هو أدواره ووظائفه؟ وهل هو ضيق النطاق أم أنه متعدد الوظائف بتعدد المجالات التي يتواجد فيها هذا القصد أو يتطلب قصدا لقيامها؟ وما علاقته بتضمين اليد؟ وما المعيار الذي اعتمدته المشرع المدني العراقي في تعريفه ليد الضمان؟ وهل كان موفقا في ذلك؟

ولم يكن من السهل الإجابة على كل تلك الأسئلة ما لم نتوجه إلى القواعد العامة في القانون المدني ، فمعرفة معالم نظرية القصد المدني وتكوين فكرة عامة عنها استلزم منا الاستعانة بتلك القواعد ، مما ساهم في تحديد وتحليل خصائص القصد المدني وعناصره ، لاسيما وإن موضوع هذا البحث منصب على القصد المدني السيئ والذي يعد تضمين اليد أحد أهم آثاره القانونية ، وقد قمنا بتحديد تعريف لمصطلح القصد المدني وإن لم يكن بالأمر الهين، خصوصا وأنه مصطلح جديد وغير شائع وكشفت هذه الدراسة وجود العديد من التطبيقات التشريعية المتناثرة والتي تندرج تحت مصطلح القصد المدني ، واقتضت هذه الدراسة أيضا التمييز بين مصطلح القصد المدني ومصطلحات أخرى قد تتشابه معه من إرادة ورضا وإدراك وتعهد ، كما وقمنا بمعالجة يد الأمانة ويد الضمان من جميع جوانبها والنتيجة التي تترتب على وضع اليد على ملك الغير ، ومن هذا المنطلق كان التطرق لوظائف القصد المدني على قدر كبير من الأهمية فقد ساهم في تحديد مسلك القانون المدني العراقي وإظهار مدى تأثير القصد فيه خصوصا في مجال المسؤولية والضمان والملكية ، وقد كرسنا كل هذا الإجابات والشروح لموضوع أساسي واحد أردنا التوصل إليه، والتي كان يشكل جوهر البحث وهو إظهار أثر القصد المدني في تضمين اليد ، فالقصد المدني المتمثل في نية تملك أموال الغير هو قصد مدني سيء ، ومتى ما وجدت ترتب عليه تضمين اليد الحائزة لهذا المال

فيلزم بإزالة الضرر الواقع ودفع التعويض في حالة عدم تمكنه من رد المال وتقرر مسؤوليته عن طريق تضمينه المثل أو القيمة . ولأجل ذلك قمنا بتقسيم هذه الرسالة الى أربعة فصول ، عالجنا في الفصل الأول منها التعريف بالقصد المدني ، ثم بيننا في الفصل الثاني دور كل من التعدي والتعمد في تضمين اليد ، ثم قمنا في الفصل الثالث بتأصيل أساس تضمين اليد القائمة على التعدي والتعمد ، وأخيرا بحثنا في الفصل الرابع أحكام تضمين اليد وتطبيقاته التشريعية المتمثلة في الغصب واللقطة والحائز سيء النية ، ثم ختمنا البحث بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات.

پوخته

نامانجی سهره کی ئەم لیکۆلینه و هیه بریتی یه له پیشاندانی کاریگه ری مه بهستی شارستانی له بهرپرسیارکردنی ئەو که سه ی دهست به سه ر مالی که سی دیکه دا ده گزیت ، بۆیه له ڕێگه ی ئەم لیکۆلینه و هیه وه هه و لدراره چه ند پرسیاریک بووژتێنۆت ، که شایانی گفتوگر له سه رکردن ، مه بهستی شارستانی چیه ؟ ڕۆل و فرمانه کانی مه بهستی شارستانی چین ؟ ئایا ئەم مه بهسته له چوار چێوه یه کی ته سه کدا ههستی پێده گزیت یان فره لایه ن وفره فرمانه به پێی ئەو بوارانیه ی که تیا یاندا ناماده ده بێت ؟ ئایا په یوه ندی ئەم مه بهسته چیه له گه ل دهست پرسیدا ؟ ئایا یاسا دانه ری عیراقی پشتی به چ پێوه ڕێک به سه تووه له پێناسه کردنی دهست پرسدا ؟

وه لامدانه وه ی ئەم پرسیارانه وای پێویست کرد له لیکۆلینه و ه که ماندا باس له و ب نه ما گه شتیانه ی یاسای شارستانی بکه ی ن که هاو په یوه ندن به مه بهسته وه ، چونکه زانیی پووکاوه جیا که ره وه کانی تیۆری مه بهستی شارستانی و گه لاله کردنی بیرۆکه یه کی گه شتی له سه ر ئەم تیۆره پێویستی به پشت به ستن به و ب نه ما گه شتیانه هیه ، هه ر یه که له زانی و وویست ، به جۆرێک بێته هۆی دیاری کردن و شرو فیه کردنی تایبه ته ندیه کانی مه بهستی شارستانی و په گه زه کانی و جیا کردنه وه ی له مه بهستی تاوانکاری ، چونکه بابته ی ئەم لیکۆلینه و هیه بریتی یه له مه بهستی شارستانی ناپاک ، ئەم مه بهسته ناپاکه ش بهرپرسیاریتی شارستانی لی ده که و یته وه که به گرن گرتن شو ی نه ولری یاسای داده نرێن . بۆیه سه ره تا پێناسه ی مه بهستی شارستانیمان کردوه ، هه رچه نده ئەم کاریکی ئاسان نیه ، چونکه مه بهستی شارستانی زاوا وه یه کی نو ییه و یلاو نیه ، له پاش پێناسه کردنی هه و لمان داوه کۆمه لێک نمونه ی په ی ره و کاری یاسایی له سه ر مه بهستی شارستانی له نێو ده قه یاسایی یه کاندا وه ده ریخه ی ن ، پاشتر و امان به باش زانیوه جیاوازی

مەبەستى شارستانى بىكەين لەگەل چەند زاراۋەيەكى دىكەدا ، ۈك ۈويىست ،
 پەزەمەندى ، پەي پىن بىردىن ، ئەنقەست ، كە رەنگە ھەندىك كەس ۈك يەك سەپريان
 بىكات.

پاشان بە ۈوردى باسى دەست ناس ۈدەست پىرسمان كىردۈۈ لە ھەموو
 پۈۈكەنەۈ ، ھەروەھا ئاماژەمان كىردۈۈ بەۈ پاشماۋەيەى كە لەسەر دەست
 بەسەرگىرنى مالى خەلك دروست دەپىت ، لىزەشەۋە دەپىنىت خۇدان لە
 باسكىرنى فرمانەكانى مەبەستى شارستانى بايەخى تاييەتى خۇى ھەيە ، چونكە
 ئەم جۆرەى مەبەست كارى كىردۈتە سەر دىيارىكىرنى رىچكە ياساى شارستانى
 عىراقى ۈدەرخستنى پادەى كارىگەرى مەبەست تىايدا ، بەتاييەتى لە بۈارى
 بەرپىسارىتى ولپىرسراۋىتى ومولگىدا .

ھەموو ئەمانەشمان لە پىناۋ ئەۋەدا كىردۈۈ ، تا بگەينە پاستى بە
 دەرختى كارىگەرى مەبەستى شارستانى لە دەست پىرسى دا، ۈ لە ئەنجامى
 لىكۈلەنەۋەكەمانەۋە بۇمان دەرگەۈت ، ئەۋ مەبەستە شارستانى يەى كە لە نىازى
 بەخاۋەن بۈۈنى مالى كەسىكى دىكەدا بەدەردەكەۈت ، مەبەستىكى شارستانى
 ناپاكە ، بۆيە بۈۈنى ئەم مەبەستە ناپاكە دەپىتە ھۇى دروست بۈۈنى دەست پىرسى
 لەسەر ئەۋ كەسەى دەستى بەسەر مالكەدا گىرتۈۈ ، بۆيە پاپەند دەكرىت بە
 نەھىشتن ۈلابىرنى ئەۋ زىانەى كە كەۈتۈتەۈ، لەگەل پىدانى (قەرەبۈ) ، واتە
 ئەگەر دەستىگەر بەسەر مالەكەدا نەيتۈانى مالەكە بداتەۋە خاۋەنەكەى ئەۋا دەپىت
 نەۈنەى ئەۋ مالە يان بەھاكەى بداتى.

Summary

This study basically aimed to showing the effect of civil intention in the inclusion of the holder of others properties. It has proposed a number of questions, which afford discussion, like:

what is the civil intention?

What are its instruments and functions? Does its scope narrow of its multifunctional when the fields of existence of this intent varies, or demands an intent to its occurrence? What is its relation to holder inclusion? What are the criteria in which the Iraqi Civil code relied on in its identification to security holder? Was it successful in that?

It was not easy to answer all of these questions unless we review general rules or principles of the Civil Law. Which deal with criminal intention knowing the marks of civil intent theory and forming a general idea about it demanded us seeking help of this rules. This contribute in specifying and analyzing characteristics of the bad civil intent, and its elements especially the subject of this study is civil bad intention. Which is considered guaranteeing hand is the most important legal traces, we have appointed the identification of civil intention term, although it was not an easy task, especially if we knew it is a new term. And uncommon As well as revealed the existence of many scattered legislative applications, which are enlisted under the term of civil intention. So aimed to distinguish between the term of civil intention and other terms that might have similarity with it in what concerns desire, willingness, realize and intention. We have also dealt with the issues of consignment holder and security holder from all sides, as well as the result that occur due to holding others properties. From this point, the

discussion about functions of civil intention was of great interest and importance as it contributed in specifying the path of Iraqi civil code and showing the range of effect of intention on it, especially in the field of, responsibility, security and ownership. We have allocated all of these answers and explanations for one basic topic, which we wanted to reach, and it was forming core of the research, which is showing the effect of civil intention on security holder. We have reached a number of conclusions, the most important of all is the civil intention, represented by intention to possess others property, it is a bad civil intention, and whenever it existed the consequence would be inclusion of holder of this property. Thus, he would be obliged to remove the damage that occurred and paying compensation. In other words, it would decide on holder's responsibility in case of incapability of returning the money, through including the same or the value.

For this, we have divided this thesis into four chapters. In the first chapter we dealt with the identification of civil intention. In the second chapter we clarified the role of assault and intention in the guaranteeing hand. In the third chapter , we have rooted the origin of guaranteeing hand that depends on aggression and intention. In the fourth chapter, we dealt with provisions of guaranteeing hand and its legislative applications, represented in forcing, scene and bad intention. Then comes the conclusion whit the most important conclusion and recommendations.

فَهْرَسُ الْمَوْضُوعَاتِ

الموضوع	الصفحة
الإهداء	5
الشكر والتقدير	7
المقدمة	9
الفصل الأول: التعريف بالقصد المدني	13
المبحث الأول: ماهية القصد المدني	15
المطلب الأول: تحديد مفهوم القصد بشكل عام	15
المطلب الثاني: تحديد مفهوم القصد المدني	21
المبحث الثاني: وظائف القصد المدني	29
المطلب الأول: وظيفة القصد في المسؤولية	29
المطلب الثاني: وظيفة القصد في الملكية	33
الفرع الأول: دور القصد في أسباب كسب الملكية	35
الفرع الثاني : دور القصد في تحديد صفة يد الحائز	43
الفصل الثاني: دور التعدي والتعمد في تضمين اليد	45
المبحث الأول : تحديد مفهوم كل من التعدي والتعمد	47
المطلب الأول: مفهوم التعدي	47
المطلب الثاني: مفهوم التعمد	59
المبحث الثاني : تحديد نطاق التعدي والتعمد بتمييزهما عما يشتبهما	63
المطلب الأول: تمييز التعمد والتعدي عن مختلف درجات الخطأ	63
المطلب الثاني: تمييز التعمد والتعدي عن الغش في المعاملات	89
الفصل الثالث: تأصيل تضمين اليد القائمة على التعدي والتعمد	95
المبحث الأول: الفكرة العامة في تضمين اليد على أساس تعمد صاحبها أو تعديه	95
المطلب الأول: تأصيل حكم وضع اليد وإقرار نظام يد الضمان	97
الفرع الأول : تأصيل حكم وضع اليد	97
الفرع الثاني : إقرار نظام يد الضمان	101

المطلب الثاني: طبيعة التضمين القائم على التعدي أو التعمد أو على كليهما	113
المبحث الثاني: تحديد نطاق التضمين على أساس التعمد والتعدي	119
المطلب الأول: حالات التضمين في غير حالات اليد	119
المطلب الثاني: حالات تضمين اليد في غير حالات التعمد والتعدي	135
الفصل الرابع: أحكام ضمان اليد وتطبيقاته	149
المبحث الأول: أحكام ضمان اليد	151
المطلب الأول: أركان تضمين اليد	151
المطلب الثاني: أثر تضمين اليد	163
المطلب الثالث: انقضاء تضمين اليد	169
المبحث الثاني: تطبيقات تضمين اليد القائمة على وجود قصد مني سيء	179
المطلب الأول: الغصب وما في حكمه	179
المطلب الثاني: اللقطة	185
المطلب الثالث: الحيازة بسوء نية	191
الخاتمة	209
- الاستنتاجات	209
- التوصيات	211
قائمة المراجع	213
ملخص	231
توخنة	233
Summary	235
فهرس الموضوعات	237



سنة النشر 2011
رقم الإيداع 24879
التقديم الدولي I.S.B.N
7 - 390 - 386 - 977 - 978



المركز الرئيسي : مصر - الملة الكبرى - السبع بكتا - 24 شارع عدلى يكن

هاتف : 0020402224682 فاكس : 0020402226395 ممول : 0020123161984

الفروع : القاهرة - 38 شارع عبد الحلق شروت - الدور الثالث

هاتف : 002023958860 فاكس : 0020223911044 ممول : 0020122212067

المنابع : مصر - الملة الكبرى - السبع بكتا - 57 شارع رشدى

هاتف : 0020402227367 فاكس : 0020402226395 ممول : 0020169861486

@تابعونا عبر الإنترنت

www.darshatat.com

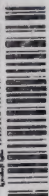
البريد الإلكتروني

info@darshatat.com

www.darshatat.com



Bibliotheca Alexandrina



0806786